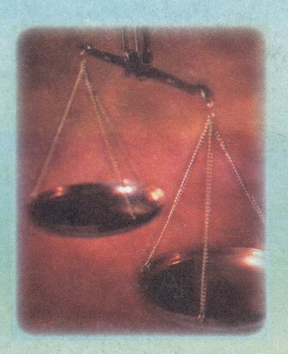
أثر القصد المدني في تضمين اليد

دراسة تحليلية مقارنة



شەنگ محمد جميل كريم

ماجستير في القانون الخاص

كلية القانون والسياسة

جامعة السليمانية

دار الكتب القانونية

مصر



دار شتات للنشر والبرمجيات

مصر

أثـر القصـد المدنـي

في تضمين اليد

دراسة تحليلية مقارنة

شه‌نگ محمد جميل كريم

الماجستير في القانون الخاص

كلية القانون والسياسـة

جامعة السليمانية

دار الكتب القانونية
مصر

دارشتات للنشروالبرمجيات
مصر

اسم الكتاب

أثر القصد المدني في تضمين اليد

دراسة تحليلية مقارنة

شەنگ محمد جميل كريم
الماجستير في القانون الخاص
كلية القانون والسياسة
جامعة السليمانية

سنة النشر
2011
رقم الإيداع
24879
الترقيم الدولى I.S.B.N
978 – 977 – 386 – 390 – 7



دار الكتب القانونية

الفرع الرئيسى :
مصر ـ المحلة الكبرى ـ السبع بنات 24 شارع عدلى يكن
ت : 0020402224682 فاكس : 0020402220395
محمول : 0020123161984 0020105020737

الفروع :
القاهرة ـ 38 شارع عبد الخالق ثروت ـ الدور الثالث
ت : 0020223958860 فاكس : 0020223911044
محمول : 0020103474690 0020122212067

المطابع :
مصر ـ المحلة الكبرى ـ السبع بنات 24 شارع عدلى يكن
ت : 0020402227367 فاكس : 0020402220395

Website : www.darshatat.com
E-Mail : info@darshatat.com

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به
ولكن ما تعمدت قلوبكم ﴾

صدق الله العظيم

سورة: الأحزاب / الآية (5)

((على اليد ما أخذت حتى تؤديه))

حديث نبوي شريف

الإهداء

- إلى من رسمت له أجمل صورة في ذهني، اسكنه الباري فسيح جناته

[والدي رحمه الله]

- إلى من احتوتني بدفئها واغمرتني بحنانها

[والدتي]

- إلى مصدرا فخري واعتزازي وجسر تواصلي مع الحياة

[نشوان وشاخوان]

- إلى من شاركتني لحظات فرحي واحزاني

[شوخه]

- الى ابتسامة الغد

[فرسين]

شه‌نگ

شكر وتقدير

شكرا للباري عز وجل ، فلولاه لم أكن لأنجز ما عزمت عليه ، وأتقدم في البداية بجزيل الشكر للأستاذ المساعد الدكتور (**محمد سليمان الأحمد**) الذي تفضل مشكورا بالموافقة على الإشراف على رسالتي واختيار الموضوع ووضع خطة البحث لي ، وكان لتوجيهاته في هذا الموضوع أثر كبير في انجاز هذا العمل ، كما وانه أمدني بالمصادر العلمية اللازمة كلما احتجت إليها .

وأتوجه بوافر الشكر إلى عمادة كلية القانون والسياسة بجامعة السليمانية لاسيما السيد العميد الدكتور (**زبير مصطفى حسين**) لما أحاطنا به من متابعة مستمرة وما قدمه من نصح وإرشاد نحو الطريق الصحيح . وكما أشكر أساتذتي أعضاء الهيئة التدريسية وأخص منهم بالذكر (**د. هادي ود. نواف ود. مظفر ود. غالب ود. فكرت**) .

كما وأسجل فائق أمتناني وجل احترامي لأستاذي الفاضل الدكتور (**فاروق عبدالله كريم**) عميد كلية القانون بجامعة السليمانية – سابقا– ومساعد رئيس الجامعة للشؤون الإدارية حاليا والذي لم يتوان عن تقديم يد العون وتزويدي بالمصادر العلمية اللازمة من مكتبته مما ساعد في اغناء هذه الرسالة فله خالص التقدير.

كما وأسجل خالص تقديري لأستاذي الدكتور (**واحد عمر محيي الدين**) عميد كلية القانون بجامعة السليمانية – سابقا– وعميد كلية العلوم السياسية والاجتماعية بجامعة السليمانية حاليا لتشجيعه المستمر لي وحضوره الدائم بمواقفه الطيبة ، ورعايته العلمية التي أحاطنا بها طوال الوقت فله مني فائق الشكر.

و اتقدم بالشكر عرفانا بالجميل لأستاذي الفاضل (**د. حسين عبد على**) الذي تعلمت منه العلم والتواضع والعطاء.

وعرفانا بالجميل أعرب عن خالص شكري للصديقين الوفيين المدرسين المساعدين (**بەمۆ پەروێز عزيز واسماعيل نامق حسين**) ، وتقف الحروف عاجزة عن التعبير تجاه الوقفة المتميزة التي وقفوها معي ، فمهما سجلت من كلمات كتعبير عن شكري وامتناني فلن أوفيهم حقهم ، مقابل ما قدماه لي من يد العون ، فقد كانا خير سند وأفضل صديق ، شكرا لنقاء وصدق مواقفهم النبيلة.

كما وأتوجه بشكر خاص نابع من الصميم لصديقتي المخلصة (**اويستا برهان محمود**) التي تستحق كل الثناء لمواقفها المتميزة ومبادراتها الصادقة وعدم تخليها عني طيلة هذه الفترة ، والتي تلقيت منها أفضل تشجيع لإكمال مسيرتي العلمية وتكبدت مشقة طبع الجزء الأكبر من هذه الرسالة فلها مني بالغ امتناني .

ولا أنسى فضل صديقتي (**سەرگول مصطفى حسين**) التي بسطت لي يد العون كلما احتجت اليها ، فجزاها الله عني خير جزاء.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالامتنان والتقدير للأخ والصدق المخلص (**محمد رشيد حسن**) الذي كان حاضرا بمواقفه النبيلة، كما وأمدني بمصادر علمية قيمة، فله مني جزيل الشكر.

كما ولا أنسى أن أثني على جهود الأخ والصديق (**ديلمان لطيف رشيد**) ، فأقدر الجهد الكبير الذي بذله ، فعلى الرغم من كثرة انشغاله ، تحمل مشقة طباعة جزء من هذه الرسالة .

وأتوجه بشكر خاص لأصدقائي وصديقاتي في الكلية ، أصحاب النوايا الحسنة وصدق الكلمة ، والذين تمنوا لي الخير دائما ، وكانوا بمثابة دفعة قوية (**الأخ سامان ، الأخ بيَستون الأخ نجم الدين ، بەهرە ، شوخان ، ڤيان ، راژاو ، شنو ، سوزان**) .

شكر خاص للغالية (**چنار**) التي شاركتني عناء هذا الجهد وساعدتني في اجتياز هذه المرحلة.

وأقدم شكري واحترامي لكل من أمدني بمصادر علمية، وأخص منهم بالذكر:

الأستاذ (**دانا حمة باقي**) لما قدمه لي من مصدر علمي قيم ، فله مني جزيل الشكر .

كما وأتقدم بشكر نابع من الأعماق للكادر الإداري العامل في كلية القانون والسياسة بجامعة السليمانية ، خصوصا مكتبة الكلية التي طالما استقبلتنا برحابة صدر وأخص منهم بالذكر صديقاتي (**نازەنين ، شيلان محمد ، شيلان عبدالله ، تارا ، ناواز ، سوسن ، والأخ الكريم طيب**).

وفي الختام أشكر كل من جبر خاطري في يوم من الأيام ولو بكلمة طيبة .

شەنگ

مقدمة

أولا: مدخل لموضوع البحث :-

قليلة هي الدراسات التي تعالج مسألة القصد والنية ، فقد عولجت من قبل فقهاء الشريعة الاسلامية القدامى من خلال الاتيان بقاعدة اصولية مفادها (الامور بمقاصدها) المستندة على حديث النبي (ص) ((انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى))[1] واظهروا دورها في العبادات والمعاملات ، اما فقهاء القانون فنجدهم يعالجون النية والقصد من خلال الاوصاف التي يمكن أن يلحق بها من حسن أو سوء أو التطرق للغش في مجال معين دون أن يتعداه لغيره من المجالات وكان تناولهم للنية كحالة قائمة بذاتها لها تطبيقات عديدة في ثنايا القانون المدني لا بل يكاد يتغلغل في معظم مجالاتها ، مما أصبح من الضرورة بمكان معالجة الموضوع والتعامل معه عن طريق التعامل مع القصد والنية كحالة قائمة بذاتها دون الحاقها بصفاتها ، فقد خيل الى الكثير من الباحثين أن القصد أو النية لايمكن أن تكون حالة مستقلة ولايمكن انفكاكها عن الحسن أو السوء ، الا أن هذا التصور قد لايستقيم ، اذ أن نية التملك قد تكون حسنة في بعض الاحيان وسيئة في أحيان أخرى، نحن لا ننكر أن النية أو القصد قد يلحقه الحسن أو السوء وذلك حسب توجيه الشخص لارادته نحو الخير أو الشر ، الا أن موضوع القصد المدني ينبغي النظر اليه كحالة قائمة بذاتها وتجريدها من كل الاوصاف ، وأصبح من الضرورة بمكان اهتمام المشرع بموضوع القصد المدني وقيامه بوضع نظرية عامة له ، فتدخل المشرع ومواجهة الموضوع أصبح على درجة كبيرة من الاهمية خصوصا وان القصد المدني له عدة وظائف وادوار ، فهو يؤدي دورا أساسيا لاغنى عنه في

(1) لاحظ : أبي عبدالرحمن احمد بن شعيب بن على الشهير بالنسائي ، سنن النسائي ، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه العلامة المحدث محمد ناصر الدين الالباني ، اعتنى به أبوعبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض ، باب الكلام اذا قصد به فيما يحتمل معناه، الحديث رقم 3437، ص532 .

جعل الشخص مالكا كما في الاستيلاء على الاموال بنية تملكها ، أو في اكتساب الحقوق كما في الحيازة أو تكوين التزام كما في العقد ، أو تضمين اليد الحائزة لمال الغير بنية تملكه ، وتطبيقات وادوار عديدة أخرى ، نظرا لان الحكم أو الاثر الذي يخلفه من ورائه يختلف من تطبيق الى آخر ، ففي الاستيلاء يؤدي دورا مختلفا عن الدور الذي يؤديه في الحيازة أو في يدالضمان ونظم أخرى كثيرة من أنظمة القانون المدني .

ثانيا: أهمية البحث واسباب اختيار الموضوع :-

تتناول هذه الدراسة جانبا مهما من جوانب القانون المدني ويمكن القول بشكل عام انها تتألف من شقين لأنها تتناول القصد المدني والاثر الذي يخلفه على يد الضمان ، وتبرز أهمية القصد المدني في العديد من المجالات في القانون المدني ، فحكمه لايقتصر على حالة واحدة ، بل قد يتعداه ليشمل العديد منها ، وهذا ما أدى الى تنوع في ادواره ووظائفه ، وأشد ما دفعنا الى بحث موضوع القصد المدني وابراز أثره في تضمين اليد يكمن في نقطتين أساسيتين:

1- وجود العديد من التطبيقات التشريعية التي تؤكد أن المشرع قد اهتم بالقصد فيها ومازال متناثرا في ثنايا القانون المدني دون أن يلقى محاولة جادة من قبل الفقه أو المشرع للم أشتاتها .
2- ان القانون المدني العراقي يكاد يكون المدونة العربية الوحيدة التي تناولت أحكام تبعة الملك من خلال يد الامانة ويد الضمان والذي استمده من الفقه الاسلامي ، واعتمده نية التملك كمعيار لتعريف يد الضمان ، وهو معيار ذاتي يصعب استخلاصه ، كما وانها تشكل قصدا مدنيا سيئا ، والعبرة فيها بارتكاب الفعل متعمدا ، حتى نستطيع الوقوف على الأثر أو الحكم الذي ينجم عن ذلك نظرا لما ينطوي عليه من قصد الاضرار بالآخرين واعتداء على حق الغير وانعدام رضا المالك الحقيقي.

ثالثا: مشكلة البحث :-

لاشك أن القانون المدني العراقي ، قد اقتبس أحكام تضمين اليد من الفقه الاسلامي ، الذي أعطى للقصد دورا مهما في تحول اليد من أمانة الى ضمان ، أو على الأقل في جعل اليد ضامنة أصلا أو عرضا ، الا أن هذا الدور نراه يختفي في بعض الاحيان ، فعلى الرغم من عدم وجود القصد نجد أن المشرع قد ضمن اليد ، كما في حالة حبس الشيء الواردة في القانون المدني العراقي [1]، لذا فان دور القصد المدني وأثره في تضمين اليد هو محدد الأبعاد ، اذ أن عد اليد يد ضمان لايعني أن صاحبها قد توافر لديه قصد مدني متمثل في قصد التملك ، وهنا تكمن مشكلة البحث ، في شقها الأول ، كما أن للقصد المدني المتمثل في قصد التملك ، آثار كثيرة متنوعة ، اذ أن له أثر في العقد وأثر في الالتزام ، وآخر في الملكية وغير ذلك ، الا أن أثره في تضمين اليد له أهمية كبيرة ، اذ بالقصد يتحدد وصف اليد ، هذا أولا ، وبالقصد تتحدد المسؤولية على صاحب اليد ، وهذا ثانيا ، وبالقصد يتحدد من هو الدائن ومن هو المدين عندما يتعلق الدين بعين مملوكة للأول يحوزها الثاني ، وهذا ثالثا ، كما أن بالقصد نعرف من هو الحائز ومن هو المالك ، وهذا رابعا ، وبالقصد نعرف من هو الحائز حيازة حقيقية ومن هو الحائز حيازة عرضية، وهذا خامسا ، كما أن القصد يعد معيارا في تحول صفة اليد اذ أنه لايلعب دورا ابتدائيا في معرفة الصفة الاصلية لليد فحسب ، بل انه معيار تحولها في أغلب الأحيان الى صفة أخرى ، ولكل هذا فان للبحث مشكلة متحققة ، ولا سيما في شقها الثاني ، وسنحاول أن نجد الحلول المناسبة ، التي تتضمن أجوبة كافية وشافية لتلك الفرضيات .

---

(1) نصت المادة (428) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على أنه : ((اذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتنقلب يد أمانة اذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس)).

رابعا: منهج البحث :-

نظرا لأننا جعلنا ابراز وظيفة القصد المدني ، ولاسيما في مجال تضمين اليد ، من احدى الاهداف الاساسية التي نحاول التوصل اليها من خلال هذه الدراسة ، اتبعنا في ذلك منهج تحليلي مقارن ، يعتمد على رد الفروع الى اصولها وتحليل آراء الفقهاء من خلال عرض الاتجاهات الفقهية المختلفة ، فهذه الدراسة مزيج بين القانون المدني والفقه الاسلامي ، فأغناء هذه الرسالة تعتمد بشكل أساسي على عرض آراء فقهاء المذاهب الاسلامية المختلفة خصوصا أن موضوع تضمين اليد من المواضيع التي تجد اصولها في الفقه الاسلامي ، فهو من صناعة هذا الفقه العظيم التي انتقلت الى القانون المدني ، كما وأن المشرع المدني العراقي قد اعتمد في تعريف يد الضمان على نية التملك والتي تمثل احدى تطبيقات القصد المدني.

كما واننا نشير الى بعض نصوص القانون المدني الاردني والمصري كلما استلزم الامر ذلك نظرا لأن اجراء المقارنات بين أنظمة مختلفة يساهم في ابراز مواطن النقص والزيادة والتوازن في التشريعات.

خامسا: خطة البحث :-

بما أن القصد المدني مصطلح جديد ابتكره بعض الفقهاء [1]، واطلقه على كل قصد يرتب أثرا مدنيا بصفة عامة فاننا نجد أن من الضروري معرفة معناه ابتداءا وذلك في الفصل الأول من هذه الدراسة ، ثم نعرج الى بيان دور كل من التعدي والتعمد في تضمين اليد ، وذلك في الفصل الثاني ، ثم نوضح تأصيل تضمين اليد القائمة على التعدي والتعمد وذلك في الفصل الثالث ، وأخيرا سوف نبين أحكام تضمين اليد وتطبيقاته في الفصل الرابع ، وسنختم بحثنا هذا بخاتمة نوضح فيها أهم الاستنتاجات والتوصيات ، والى الله تصير الأمور.

---

(1) أستاذنا المشرف د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2009.

الفصل الأول
التعريف بالقصد المدني

العلاقات القانونية التي يعنى بتنظيمها القانون الخاص، عادة، ما تنطلق من منطلق قصدي وراءه غاية معينة، فالعقود وسائر التصرفات لا تبرم إلا بناءاً على محرك داخلي نفسي يكمن في (القصد)، كما أن الكثير من الوقائع الإرادية، يدخل فيها (القصد) عنصراً فاعلاً في تكوينها وفي ترتيب آثارها القانونية، كما أن هذا القصد قد يمنع ترتيب الأثر القانوني الذي كان يجب أن يترتب لولا تدخل هذا القصد في توقيفه أو تعطيله، كما في تعمد إحداث الضرر بالنفس أو بالمال من قبل المتضرر نفسه، لأجل الحصول على مبالغ التأمين.

ولعل من المناسب هنا أن نذكر أن ثمة نظرية عامة محددة كُوِّنت في القانون الجنائي، للقصد في ارتكاب الجرائم، بل على أساس هذا القصد تم تصنيف الجرائم إلى عمدية وغير عمدية، ولكون القصد في النهاية هو قصد، سواء أكان جنائياً أم مدنياً، فإنه من المفيد الإستعانة إلى حد ما بما هو مقرر للقصد الجنائي من مفهوم وعناصر ووظائف وآثار، بما ينسجم ويتناسب مع تكوين صورة فكرية عن حقيقة ما بات يعرف بالقصد المدني.

ولما كانت للقصد المدني وظائف خاصة ، بات علينا لزاماً ، أن نعرج بشكل سليم على تحديد وظائف القصد المدني، إبتداءاً بدوره في الملكية ثم في المسؤولية، وإنتهاءاً بدوره الفعال في تضمين اليد.

عليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نعالج في الأول ماهية القصد المدني، ثم نعالج في المبحث الثاني، وظائف القصد المدني.

المبحث الأول
ماهية القصد المدني

من الصعوبة بمكان أن نحدد ماهية مصطلح قلَّ إستعماله في الأوساط المختصة، وعلى الرغم من أهمية هذا المصطلح، التي قد تتجاوز بكثير الأهمية التي يؤديها القصد الجنائي، لم نجد له استعمالا شائعا في الفقه ، إلا أنه ولأجل وضع تعريف وخصائص وتعيين عناصر هذا القصد، لا بد من التعرف أولاً على معنى القصد، ثم تحديد ماهية خاصة بهذا القصد، وهذا ما يدعونا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نعالج في الأول، تحديد مفهوم القصد بشكل عام، أما المطلب الثاني فسنخصصه لتحديد مفهوم القصد المدني.

المطلب الأول
تحديد مفهوم القصد بشكل عام

قد يرتبط الاشخاص فيما بينهم في اطار علاقة قانونية ، وقد يكون القصد عنصرا جوهريا لا غنى عنه في خلق هذه العلاقة ، أو بالاحرى في خلق مركز قانوني معين أو في ابرام عقد أو انشاء تصرف أو تقرير مسؤولية ويكون تأثيره على مستويات متفاوتة وذلك تبعا للعلاقة القانونية القائمة .

ولاشك في أن من يقدم على تصرف أو فعل قاصدا بذلك احداث نتيجة أو أثر قانوني معين ، انما يصدر منه عن ارادة فلابد لكل عمل من أعمال الانسان أن يكون صادرا عن ارادته وأن يتوجه باختياره للقيام به ، والارادة تتجه بدورها نحو الفعل لغاية مقصودة هي القصد أو النية ، ومن هذا المنطلق فان القصد مفهوم مرتبط بالارادة يكاد لا ينفكان بعضهما عن بعض ، يؤثر الواحد في الآخر ويتأثر به ، فمعنى القصد أو النية اذن هو الارادة المتوجه نحو الفعل[1] ، ووجود هذه

---

(1) لاحظ : المحامي صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ، الطبعة الثالثة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1380ه ، 1961م ، ص279.

العلاقة والترابط بين المصطلحين انعكس بدوره على آراء الفقهاء والشراح في تعريفهم للقصد.

و القصد في اللغة يؤدي عدة معان: فيعرف بأنه استقامة الطريق ، والإعتماد والأم ، قصده وله ، واليه ، يقصده[1]، وهذا هو معناه اللغوي ، أما معناه في الإصطلاح الفقهي فهو: العزم المتوجه نحو إبرام أمر ما ، كأن يكون إلتزام ما[2] ، والمقصود بالعزم الإرادة المؤكدة[3] ، فقد قال الله تعالى ((ولم نجد له عزما)) [4] أي لم يكن له قصد مؤكد في الفعل بما أومر به [5] وذلك بأن يكون قد عقد القلب عليه وتوجهت إرادته المؤكدة نحو إحداث تصور تترتب عليه آثار قانونية ، فعلى هذا فمن لم يكن له عزم كالمجنون ونحوه ، لم يتحقق به قصد[6] ، فالقصد هو تأكيد إرادة الشيء والعزم على تحقيقه ، كما في قوله تعالى: (إن ذلك من عزم الأمور)[7]، والنية هي المصطلح الذي كثر استعماله لدى الفقهاء للدلالة على القصد، وهي عبارة عن ((إنبعاث القلب نحو ما يراه موافقا لغرض من جلب نفع أو دفع

---

(1) لاحظ : العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، باشراف محمد نعيم العرقسوسي ، طبعة منقحة مفهرسة ، ط7 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، 1424ه ، 2003م ، ص310.

(2) لاحظ: د. علي محي الدين على القره داغي ، مبدأ الرضا في العقود ، ط 2 ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، 2002 ، ص 259.

(3) لاحظ: د. علي القره داغي ، مرجع سبق ذكره ، ص 259، السيد الشريف على بن محمد الجرجاني كتاب التعريفات ، ط1 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1424ه ، 2003م ، ص123.

(4) طه: 115.

(5) السيد الشريف على بن محمد الجرجاني ، مرجع سابق ، ص123.

(6) لاحظ: المرجع السابق ، الصفحة نفسها.

(7) سورة لقمان ، الآية(17).

ضرر حالا أو مآلا والشرع خصصه بالارادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضا الله تعالى ، والامتثال لحكمه))[1] .

فالقصد هو النية ، فالذي ينعقد قصده على شيء ، فإنما تنعقد نيته على ذلك ، والنية إعتزام إتيان عمل ، وقد عد أحد الفقهاء النية من أقسام الارادة[2].

و كما وأن الارادة الباطنة قد لاتتفق مع الارادة الظاهرة ، وعند حدوث هذا الاختلاف وجب الحكم بمقتضى النية وتفضيلها على الارادة الظاهرة[3]، كما أن العبرة في العقود ((للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني))[4]، ((فالاعتبار في العقود والافعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها ، وقاعدة الشريعة التي لايجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما ، وصحيحا وفاسدا .... فالنية هي رأس الأمر وعموده وأساسه وأصله الذي عليه يبنى ، فانها روح العمل وقائده ، والعمل تابع لها ويبنى عليها ، يصح بصحتها ويفسد بفسادها .....))[5].

---

(1) الامام جلال الدين عبدالرحمن ابن ابي بكر السيوطي ، الاشباه و النظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي ، المجلد الأول ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1427ء ، 2007م، ص71.

(2) لاحظ : الامام العلامة شهاب الدين احمد القرافي المالكي ، الامنية في ادراك النية ، مخطوطة أصلية، ص4 ، متاح على الموقع الالكتروني التالي :

http:// www. Almustafa .com

(3) لاحظ: المحامي صبحي المحمصاني ، مرجع سابق ، ص281.

(4) لاحظ: الفقرة (1) من المادة (155) مدني عراقي ، و تقابلها: الفقرة (1) من المادة (214) مدني أردني .

(5) شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، رتبه و ضبطه و خرج آياته محمد عبدالسلام ابراهيم ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1425ه ، 2004م ، ص536 و ص828.

والقصد مكون نفسي وقام الفقهاء بسرد مراتبها [1] فالذي يقع في النفس من قصد على خمس مراتب : أولها هاجس وهو ما يلقى فيها ثم الخاطر ثم حديث النفس ، وهو مايقع فيها من التردد بين الفعل أو تركه ، أي اتجاه الفكر للعمل وانصرافه عنه ويعقبه الهم وهو ترجيح قصد الفعل على تركه ، وأخيرا العزم وهو الجزم به والثبات عليه [2].

وهذه المراحل لاتأخذ حكما واحدا ، بل أن كل مرحلة ترتب حكما يختلف عن الحكم الذي يرتبه المرتبة الأخرى[3] فالمرتبة الاولى والثانية المتمثلين في الهاجس والخاطر لايؤاخذ المرء بهما فهما لايدخلان تحت اختيار ، وكذلك لايؤاخذ المرء بحديث النفس ، عملا بقول النبي (ص) ((ان الله تجاوز لأمتي ماحدثت به أنفسها مالم يتكلموا أو يعملوا به))[4] ، أما الهم فلا يؤاخذ المرء عليه أيضا فقد بين حديث

---

(1) لاحظ: الشيخ الاكبر محيي الدين بن عربي الطائي الاندلسي ، تنزل الملاك من عالم الارواح الى عالم الافلاك أو لطائف الاسرار ، حققه وقدم له احمد زكي عطية وطه عبدالباقي سرور ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي ، 1380هـ ، 1961م ، ص64-66. كما قام الامام السبكي بتقسيم هذه المراتب لاحظ بشأنها الامام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي ، مرجع سابق ، ص78.

(2) لاحظ: الامام جلال الدين السيوطي ، المرجع السابق ، ص78. و المحامي صبحي المحمصاني ، مرجع سابق ، ص280.

(3) لاحظ: الدكتور مزهر بن محمد بن ظافر القرني ، الفرق بين الارادة الظاهرة و الارادة الباطنة ، منشور في مجلة العدل تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية ، العدد الثالث ، رجب ، 1420هـ ص28 ، متاح على الموقع الالكتروني التالي:
http:// www.moj.gov.saladvcat.aspx?val=1. last visited (3/11/2007)

(4) لاحظ: الامام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، شرح صحيح مسلم ، طبعة جديدة ، محققة و مفهرسة ، ومرقمة الأحاديث و الأبواب طبقا للمعجم المفهرس لالفاظ الحديث ، مصدرا ب (المنهج السوي في ترجمة امام النووي) للامام جلال الدين السيوطي ، تحقيق طه عبد الرؤوف ، الجزء الثاني ، بدون سنة طبع ، المكتبة التوفيقية ، باب اذا هم العبد بحسنة كتبت واذا هم بسيئة لم تكتب ، ص124.

الصحيح ((من هم بحسنة كتبت له حسنة ومن هم بحسنة فعملها كتبت له عشرا الى سبعمائة ضعف ومن هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب وان عملها كتبت))[1].

ولما كان القصد هو (توجيه العزم) ، أو نوع من الارادة التي تبلغ في قوتها درجة الاعتزام والارادة لاتكون عزما مالم تكن جازمة لذا فهو مرحلة تأتي مباشرة وبدون أي إنقطاع في الملازمة الزمانية ، بعد العزم ، فهو توجيه له نحو الخارج، أي ترجمة ما توصلت إليه النفس بكيفياتها إلى الواقع الخارجي ، كما ولايعتد بنية غير جازمة ، فالقصد لا يحتمل التردد ، فهو توجيه العزم ، فالتردد حالة مرحلية إما أن يتراجع بها الإنسان عما يريده ، أو ينعقد عزمه ويتوجه إلى ما يريده ، وهو بهذا التوجه أصبح عازما وقاصدا ، فالتردد والشك لاتنعقد معه نية صحيحة[2].

والقصد – عموماً – قد يكون حسنا وقد يكون سيئا ، ولا يمكن أن يكون من خلال هذا الوجه ممتزجا بين الاثنين ، فالإنسان أما أن يكون حسن القصد (حسن النية) أو سيء القصد (سيء النية) ، والقصد الحسن هو توجيه العزم نحو أمر مقر، أما القصد السيء فهو توجيه العزم نحو أمر منكر[3].

ومن الجدير بالذكر أن صورة القصد أحيانا تكون من النوع الحسن ، وأحيانا تكون من النوع السيء مع أن الصورة ذاتها للقصد ، فمثلا قصد التملك ليس قصدا مدنيا سيئا في كل الأحوال، لا بل قد يتطلبه القانون كركن أساسي في بعض أسباب التملك كالإستيلاء أي في إحراز المباحات وذلك لكي يرتب القانون حقا للمُحرِز

---

(1) لاحظ: الامام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، شرح صحيح مسلم ، مرجع سابق ، ص121-122.

(2) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، مرجع سابق ، ص32.

(3) لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، المرجع السابق ، ص37 ومابعدها.

مالك للمنقول فقصد التملك هنا قصد حسن وقد أدى إلى ترتيب الحقوق وهو نفسه قد يكون قصدا سيئا في حالة يد الضمان[1].

(1) للتفاصيل أكثر لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، المرجع السابق، ص37 ومابعدها.

المطلب الثاني
تحديد مفهوم القصد المدني

عندما يجري الحديث عن القصد المدني ، ينبغي أن نفعل ذلك من خلال نعته بالصفة المدنية ، فبه يتحدد مفهوم القصد المدني ، نظرا لأنها تعكس بصورة صحيحة حقيقة القصد المدني ، وذلك من خلال نشوء الروابط القصدية المدنية والتي يهتم القانون المدني بتنظيمها، وقد استخدم المشرع المدني مجموعة من المصطلحات التي تدل على معنى القصد المدني ، فهنالك استخدامات كثر استعمالها لدى المشرع ، كالنية والارادة والادراك ، الأمر الذي يدفعنا الى تحليل هذه المفاهيم وبيان المقصود بها ، وذلك لازالة أي غموض أو التباس قد ينشأ ما بين هذه المصطلحات ومصطلح القصد ، وذلك من خلال الفقرات الآتية :

اولا: القصد والنية

سبق وأن قمنا بتوضيح مصطلح النية ، ووجدنا أنها هي الأكثر استخداما من قبل الفقهاء للدلالة على القصد ، أما عند انتقالنا الى المشرع المدني العراقي ، نجد أنه استخدم المصطلحين كمترادفين في نصوص القانون المدني ، فتارة يذكر مصطلح (قصد) وأحيانا أخرى يذكر مصطلح (نية) ، ومن بين استخدامات القصد في القانون المدني العراقي ما يأتي :

1- التعسف في استعمال الحق ، اذ من بين صور التعسف هو قصد صاحب الحق الاضرار بالغير عند استعماله الحق [1].

---

(1) لاحظ : الفقرة الثانية من المادة (7) من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة (5) من القانون المدني المصري ، وقد استخدم المشرع الأردني مصطلح (قصد التعدي) في الفقرة (2) من المادة (66) مدني منه، ولاحظ لمزيد من التفصيل حولها : المستشار حسين عامر ، التعسف في استعمال الحقوق و الغاء العقود ، الطبعة الثانية ، منقحة من قبل المستشار عبد العليم عامر ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1998، ص99-103.

2- **قصد الغش الصادر من المدين للاضرار بدائنيه ، أو تفضيل بعضهم على بعض دون حق [1].**

3- اعتماد المشرع قصد التملك كمعيار لتعريف يد الضمان ، فاذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ، تكون يده على ملك الغير يد ضمان [2].

4- تغيير صفة اليد على الشيء المملوك أو ما يعرف بتحول يد الأمانة الى يد ضمان ، اذ تنقلب يد الأمانة الى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير اذنه [3].

5- رؤية المبيع بقصد الشراء : فاذا رأى شخص شيئا بقصد شرائه ، ثم اشتراه بعد مدة من الزمن وهو على يقين أنه الشيء الذي كان قد رآه ، فلا خيار له الا اذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه [4].

---

(1) لاحظ : الفقرة (1) من المادة (268) من القانون المدني العراقي ، تقابلها الفقرة (1) من المادة (242) من القانون المدني المصري ، ولا مقابل لها في القانون المدني الأردني ، ولاحظ بشأن تفاصيلها : د. ابراهيم سيد احمد ، الوقاية التشريعية و القضائية من الغش في المعاملات المدنية ، الطبعة الاولى ، المكتب الجامعي الحديث ،الأسكندرية ، 2007 ، ص142 و 213 و 221.

(2) لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (427) من القانون المدني العراقي ، ولامقابل لها في القوانين المدنية الأخرى المقارن بها ، اذا أن القانون المدني العراقي يكاد يكون المدونة العربية الوحيدة التي نظمت أحكام اليد على ملك الغير و استمد نصوصه كاملة من الفقه الاسلامي ، وقد اقتبس منه القانون القطري رقم (16) لسنة (1971) ، الخاص بقانون المواد المدنية و التجارية ، المادة (192) منه .

(3) لاحظ : الفقرة الثانية من المادة (427) من القانون المدني العراقي ، ولا مقابل لها في القوانين المدنية المقارنة بها ، سوى أن المادة (192) من قانون المواد المدنية و التجارية القطري قد اقتبس نفس النص من القانون المدني العراقي ، ولاحظ بشأن تحول اليد : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، بحثه تحول اليد في القانون المدني ، منشور في مجلة القانون و السياسة تصدرها جامعة صلاح الدين ، العدد (3) ، السنة (3) ، 2005، ص270. و د. ليلى عبدالله سعيد و د. أكرم محمود حسين ، تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون ، جامعة الموصل ، العدد (9) ، 2000،ص134.

(4) لاحظ : المادة (522) من القانون المدني العراقي ، و لامقابل لهذا النص في القوانين المدنية المقارنة بها.

6- **الاستيلاء على المباحات ، فكل من أحرز بقصد التملك منقولا مباحا لا مالك له ملكه**[1].

7- تحول المال المنقول المملوك الى مباح : اذ يصبح المنقول مباحا بعد أن كان مملوكا ، اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته [2].

8- تصرفات المريض مرض الموت المنعقدة بقصد التبرع : بحيث يمكن استخلاص ذلك اذا قام المريض في مرض موته باجراء تصرف قانوني ناقل الملكية مقصود به التبرع والمحاباة ، ويعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفا مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية وأيا كانت التسمية التي تعطى له [3].

ومن خلال عرض هذه الحالات السابقة ، نجد أن المشرع قد أطلق لفظ (القصد) وأراد به (النية) أيضا ، بعبارة أخرى ان لفظ (القصد) في الحالات المذكورة يأتي بمعنى (النية) ، الا أن ثمة نصوص أخرى عديدة استخدم فيها المشرع المدني لفظ أو مصطلح(النية) وأراد بها مصطلح (القصد) ، ومن بين استخدامات النية في نصوص القانون المدني العراقي:

1- حسن النية وسوؤها في التصرفات القانونية ، كما وأن توافر النية مهم جدا لاكتساب الحقوق العينية وحيازتها [4].

---

(1) لاحظ : المادة (1098) من القانون المدني العراقي، توافق المادة (870) من القانون المدني المصري، و المادة (1076) من القانون المدني الأردني ، علما ان المشرعين المدني المصري والأردني قد استخداما (مصطلح النية) بدل القصد وقصدا بها معنى (القصد) .

(2) لاحظ : المادة (1104) من القانون المدني العراقي ، تقابلها الفقرة الاولى من المادة (871) من القانون المدني المصري ، والفقرة الاولى من المادة (1077) من القانون المدني الأردني.

(3) لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (1109) من القانون المدني العراقي ، تقابلها الفقرة الاولى من المادة (916) من القانون المدني المصري ، و المادة (1128) من القانون المدني الأردني .

(4) لاحظ : على سبيل المثال المواد (1148)،(948)،(1158)،(1163) من القانون المدني العراقي ، ولاحظ على سبيل المثال أيضا المواد (185،925،965،976،978،1133) من القانون المدني المصري ، وكذلك المواد (202،1145،1182،1189،1191،1195،1427) من القانون المدني الأردني .

2- نية التبرع في قضاء دين الغير الذي يمثل احد تطبيقات نظرية الكسب دون سبب ، فمن قضى دين غيره بلا أمره ، سقط الدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل ، ويعتبر الدافع متبرعا لارجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره ، الا اذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين ، أو لم يكن عنده نية التبرع [1].

3- النية في تحول العقد : ويجري تحول العقد في العقد الباطل عندما تتوافر فيه أركان عقد آخر ، فيعد حينئذ العقد صحيحا بوصفه العقد الذي توافرت أركانه ، اذا تبين أن المتعاقدين كانت (نيتهما) تنصرف الى ابرام هذا العقد [2].

4- النية المشتركة للمتعاقدين في تفسير عبارات العقد : ان الغرض من تفسير العقد بموجب القانون المدني المصري ، يمكن أن تجاوز عبارات العقد ، اذا كانت هذه العبارات غير واضحة ، ويجب الرجوع في ذلك الى البحث عن (النية المشتركة) للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات [3].

وبذلك نصل الى نتيجة مفادها أن المشرع قد ساوى بين مصطلح (النية والقصد) واستخدامهما بمعنى واحد [4].

---

(1) لاحظ : المادة (239) من القانون المدني العراقي ، لاتقابلها أية مادة في القوانين المدنية المقارنة بها

(2) لاحظ : المادة (140) من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة (144) من القانون المدني المصري، ولا مقابل له من القانون المدني الأردني .

(3) لاحظ : المادة (150) من القانون المدني المصري ، تقابلها المادة (239) من القانون المدني الأردني، أما بالنسبة الى القانون المدني العراقي ، فلا يوجد فيه هذا النص ، اذ اكتفى بالاشارة الى المادة (155) من القانون المدني والتي جاءت فيها أن ((العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا للألفاظ و المباني)) .

(4) لاحظ تفاصيل ذلك : استاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، مرجع سابق ، ص41 ومابعدها.

ثانيا : القصد والارادة

طرحنا منذ البداية أن القصد والارادة مفهومان مرتبطان بعضهما ببعض ارتباطا وثيقا ، وهذا ماحدا ببعض الفقهاء [1] الى القول أن التعبير عن القصد يأتي بلفظ الارادة ، فيأتي المصطلحان بمعنى واحد . كما وأننا نجد جانبا آخر من الفقه [2] يقع في الخلط بين القصد والارادة ويقول أن الفرق بينهما يكمن في أن القصد هو ما انطوت عليه النفس في حين أن الارادة هي ما ظهر الى العالم الخارجي ، بعبارة أخرى ، أن القصد هو الارادة الباطنة أما الارادة فهي الارادة الظاهرة ، الا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد.

فلو قلنا بأن القصد هو الارادة ، نكون بذلك قد قررنا للقصد طبيعة موضوعية ، بخلاف الواقع الذي يشهد بأن القصد ذو طبيعة ذاتية بحتة لا حاجة لاظهارها [3] وتحررها من العقل واحتباس الصدر [4] لأنها غير متوجهة ، في حين ان الارادة وان كانت بحسب الأصل ظاهرة نفسية ، الا أنها ينبغي أن تظهر الى العالم الخارجي لكي تترتب عليها الآثار القانونية ، ففي العلاقات التعاقدية فأن الارادة هي التي تتجه الى المالك الحقيقي عند توافر الرغبة في شراء شيء معين وليس القصد، فالأرادة هي التي تتوجه الى شخص معين ، بخلاف الأمر في القصد الذي هو قرار مع النفس غير متوجه الى شخص آخر [5] بعبارة أخرى ان الارادة تتصف

---

(1) لاحظ : حمدي محمد لسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2006 ، ص15و20 و30.

(2) لاحظ : د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ، مصادر الألتزام ، ج1 ، الطبعة الخامسة ، مطبعة نديم ،بغداد ، ص163 الهامش رقم (6) .

(3) لاحظ بشأن هذه الانتقادات : د. شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في ابرام العقود ، دراسة في ضوء القوانين الداخلية و الاتفاقات الدولية اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة صلاح الدين ، أربيل ، عير منشورة ، 1427ه ، 2006م ، ص95و97و98.

(4) لاحظ : د. محمد محمد مصباح القاضي ، حسن النية في قانون العقوبات دراسة تحليلية لفكرة حسن النية في القانون المصري والقانون المقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص5.

(5) لاحظ : د. شيرزاد عزيز سليمان ، مرجع سابق ، ص97.

بالصيغة التنفيذية ، ويعد القصد الطاقة والقوة المحركة والموجهة لنشاطها الفعلي، فالعلاقة بين القصد والارادة علاقة امتزاج معنوي وموضوعي وتقابل في الهدف[1].

ومن ناحية أخرى يجب أن تتطابق الارادة الباطنة مع الارادة الظاهرة ولاتثـور حينئذ أية مشكلة [2]الا انه وفي بعض الأحيان قد يحصل خلاف بين هاتين الارادتين فيذهب بعض الفقهاء الى تغليب الارادة الباطنة على الارادة الظـاهرة فـي هـذه الحالة[3] الا ان هذا لا يسوغ او لا يبرر الخلط بينه وبين القصـد [4] اذ ان عـدم التطابق بين الارادة الظاهرة والارادة الباطنة يقع نتيجة عدم النجاح في التعبير عن الارادة الحقيقية التي تولدت عن القصد ، عندها يجب على القاضي الاعتداد بها بدلا من الاعتداد بالارادة التي ظهرت الى الحيز الخارجي بخلاف حقيقته ، من هنا جاء التفريق بين الارادة الباطنة والارادة الظاهرة ، والا فأن الارادة لا تتعدد فهي واحدة في حقيقتها ، فالنية الواحدة تتولد منها ارادة ولحدة بصدد شيء أو أمر معين، الا اذا كان الشخص مترددا لايستطيع التوصل لقرار وهذا ينفي قيام النية ، فلا قصد ولا ارادة مع التردد [5] وبذلك فان الارادة هي التي تسيطر على ايجاد الاعمال القانونية وتقوم بتوجيهها الى الغاية المقصودة [6].

ونخلص بذلك الى القول ان الارادة مرحلة لاحقة على مرحلة القصد ، لايعتد بها مالم تظهر الى الحيز الخارجي ، فالارادة عنصر في القصد وبتوافره مع العنصـر

---

(1) لاحظ : د. محمد محمد مصباح القاضي ، مرجع سابق ، ص45-46.

(2) لاحظ : د. محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، طبعة ثانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998 ، ص284-285.

(3) لاحظ : د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 1429هـ ، 2008م ، ص57-58.

(4) لاحظ : د. شيرزاد عزيز سليمان ، مرجع سابق ، ص97.

(5)لاحظ : د. شيرزاد عزيز سليمان ، مرجع سابق ، ص97.

(6) لاحظ : القاضي محمد نصر الدين زغلول ، الارادة في العمل القانوني وعيوبها ، القاهرة ، بدون سنةنشر ، ص53.

الآخر للقصد والذي هو العلم يتكون لقصد ، فلا قصد بلا ارادة ولا ارادة بلا قصد، كما وان كلا منهما يستلزمان توافر التمييز والادراك ، فـــلا ارادة لغيـــر المميـــز وبالتالي لاقصد له .

ثالثا : القصد والادراك

ان الادراك مفهوم مرتبط بالنضوج الفكري الذي يبقى نسبيا تبعـــا لنمـــو كـــل شخص، مما يستوجب تبعا لذلك ربطه بسن معينة تعد قرينة على بلوغـــه درجـــة معينة من المقدرة على التمييز ، ويعرف الأخير بأنه مقدرة الانسان علـــى ادراك معنى التصرف الذي يقدم عليه والآثار المترتبة عليه وقدرته على التفريـــق بـــين العمل النافع والعمل الضار [1].

فهو قوة في الانسان يستطيع من خلالها ادراك الأشياء على حقيقتهـــا [2] ولكـــي يكون الانسان قاصدا لابد أن يكون مدركا لماهية الفعل الذي يقدم عليـــه ، ومـــن الطبيعي أن من لا يدرك لايعلم معنى الخطأ الواقع ، فلا يمكن تصور صدور الفعل عن قصد وتعمد الحاق الأذى بالآخرين من مجنون أو صغير غير مميز ومن فـــي حكمهما لأن من لايدرك لايمكن أن يتعمد أو يقصد الحاق الأذى [3].

---

(1) لاحظ : مصطفى العوجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، الطبعة الأولى ، مؤسسة بحسون للنشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1992 ، ص202-205.

(2) لاحظ : د. علي محي الدين علي القره داغي ، مرجع سابق ، ص361.

(3) لاحظ : د. منذر الفضل ، اصول القانون الفرنسي و البريطاني دراسة مقارنة مع القانون الاسلامي ، الطبعة الثانية ، دار ئاراس للطباعة و النشر ، أربيل ، 2004، ص47-48.

ومن كل ذلك نستنتج أن الادراك يتجه بتأثيره نحو القصد ، فهو وثيق الصلة بالأخير ، لأن من انعقد قصده على القيام بشيء ، لابد أن يكون مدركا قادرا على أن يستوعب في ذهنه هذا الفعل واتخاذ القرار بشأنه ثم ينعقد عزمه عليه ، ومن ثم يقوم بتجسيده الى قول أو فعل يحدث أثرا قانونيا معينا.

ومن خلال ما تقدم يمكن تعريف القصد المدني بأنه : توجيه العزم لتحقيق حالة ، بعلم وادراك وارادة ، يرتب عليها القانون أثرا مدنيا.

ولعل قصد التملك هو أبرز صور القصد المدني فهو توجيه العزم نحو تملك شيء بأدراك وارادة ، وعلم بالحالة وآثارها المدنية التي يرتبها القانون على تلك الحالة ، سواء أكان أثرا ايجابيا لصاحب القصد ، كما في قصد التملك في الاستيلاء ، فبه تنشأ الملكية ، أو أثرا سلبيا له ، كما في قصد التملك في يد الضمان ، اذ بهذا القصد تكون اليد ضامنة ويسأل صاحبها عن هلاك المال الذي في حوزته .

المبحث الثاني
وظائف القصد المدني

القصد المدني متنوع الوظائف، ففي الوقت الذي يؤدي فيه دورا في نشوء كل من العقد والإلتزام، فإن له دورا في المسؤولية، كما أن له دور في تضمين اليد – موضوع رسالتنا– وعلى قدر تعلق الأمر بموضوعنا ، فاننا لانبحث هنا عن دور أو وظيفة القصد في كل من الالتزام والعقد[1]، بل نبحث عن دور القصد في كل من المسؤولية والملكية ، وهذا ما سنعالجه في مطلبين .

المطلب الأول
القصد في المسؤولية

ان اظهار مدى تأثير القصد في المسؤولية مرتبط من وجهة نظرنا بشكل أساسي بتوضيح الجدال الفقهي الحاد الذي دار حول أساس المسؤولية **وانقسامهم بين من يؤخذ بالخطأ كأساس للمسؤولية وبين من يرى أن الضرر هو الأساس الوحيد .**

والمسؤولية في معناها العام تعني المؤاخذة والتبعة[2] وقد انقسم فقه القانون المدني بخصوص أساس المسؤولية المدنية الى نظريتين وهما النظرية الشخصية (نظرية الخطأ) حيث جاء أصحابها بقاعدة مفادها ((لامسؤولية بدون خطأ)) ويجعلون من الخطأ سواء أكان عمدا أم اهمالا محور نظريتهم وذلك بخلاف أصحاب النظرية الموضوعية أو (نظرية الضرر) (نظرية تحمل التبعة) بحيث

---

(1) لاحظ بخصوص ذلك أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، مرجع سابق ، ص193 ومابعدها.

(2) لاحظ : د. فتحي عبدالرحيم عبدالله ، دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية)، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2005 ، ص10.

ينادون بتأسيس المسؤولية على الضرر وحده ويتحمل المسؤول تبعة الضرر المترتب على فعله بصرف النظر عن وقوع الخطأ [1].

وازاء عدم امكان تحديد فاصل دقيق يبين متى تقوم المسؤولية على الخطأ ومتى تقوم على التبعة أو الضرر بالاضافة الى ضعف المبرر القانوني الذي ساقه أصحاب النظريتين ظهرت نظرية أخرى يطلق عليها اسم (نظرية الضمان أو نظرية ازدواج المسؤولية المدنية) حيث نادى صاحبها (ستارك) المسؤولية على فكرة الضمان ، بحيث يبني المسؤولية على الضرر وحده بينما يعطي للخطأ دوره لاحقا وذلك في مرحلة تحديد مقدار التعويض ، ويعطيه معنى جديدا وذلك باعمال الوظيفة الثانية للمسؤولية المدنية وهي العقوبة الخاصة[2].

ومهما تعددت النظريات بهذا الشأن فنحن نتفق مع من يقول أن المسؤولية لاتنهض بالخطأ فقط أو بالضرر وحده ، فمثلما الخطأ ركن في المسؤولية ، كذلك فان الضرر ركن فيها ، والرابطة السببية بينهما تشكل الركن الثالث ، وعدم وجود أي ركن من هذه الأركان يؤدي الى عدم نهوض المسؤولية لذا فان توافر الأركان الثلاثة ملزم لوجودها ، لكن الشخص يكون مسؤولا لا لأنه احدث ضررا بل لأنه ارتكب خطأ يستوجب المؤاخذة [3].

ونظرا لأن القصد المدني الذي نحن بصدد شرحه وتناوله هو القصد المدني السيء ، فانه مرتبط بركن الخطأ في المسؤولية المدنية ، أي عندما لاتقوم على مجرد الخطأ بل يحتاج الى الخطأ القصدي الواقع عن تعمد وقصد الاضرار بالآخرين لذا فانه يعتمد في بنائه بشكل أساسي على درجات معينة من الاخطاء كالخطأ العمد والغش ، لذا فان تحديد نوع الخطأ يساهم مساهمة فعالة في تحديد

---

(1) لاحظ : بشأن تفاصيل هذه النظريات د. حبار صابر طه ، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، منشورات جامعة صلاح الدين ، 1984، ص45 ومابعدها.

(2) لاحظ : د. فتحي عبدالرحيم عبدالله ، مرجع سابق ، ص25-29.

(3) لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد، الخطأ و حقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي، مكتبة التفسير، أربيل، 2008 ، ص9-10.

اطار هذا الموضوع ، فلانواع الخطأ أثر بالغ الأهمية في المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية ، فالاخطاء القصدية يتكون بها القصد المدني السيء ، الذي يساهم ليس فقط في تحديد المسؤولية ، بل حتى في مقدار التعويض[1].

لذا لايمكن القول أن درجات الاخطاء اصبحت غير ذي جدوى ، اذ تترتب على هذه الدرجات آثار مهمة ، فعند توافر الغش أو الخطأ الجسيم يسقط كل الاتفاقات الخاصة بالاعفاء أو التخفيف من المسؤولية [2]، وفي الفوائد الاتفاقية أيضا حيث اجاز القانون لدائن المطالبة بتعويض تكميلي بجانب الفوائد القانونية أو الاتفاقية ، اذا أثبت أن الضرر قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم ارتكبه [3] لذلك لأن القصد في المسؤولية المدنية تتمثل فيما بات يعرف لدى الفقه اللاتيني ب (الخطأ العمدي) أو (الغش) أو (الخطأ غير المغتفر) ، وذلك تبعا لسوء نية الفاعل ودرجة قصده نحو ارتكاب الخطأ أو تحقيق غايات اقترافه[4].

مما يوصلنا الى نتيجة مهمة مفادها أنه لايمكن الاكتفاء بدرجات الخطأ غير العمد أو بالأحرى بدرجات الاخطاء غير القصدية لتكوين القصد المدني السيء ، ذلك لأن الأمر يقف في الخطأ الجسيم عند حد توقع الفعل دون النتيجة ، فما بالنا بدرجات الاخطاء غير العمدية الأخرى من يسير وتافه والذين يرافقهما انتفاء قصد الاضرار بالغير ويندرجان ضمن الاخطاء غير العمدية.

---

(1) لاحظ : على سبيل المثال المادة (217) من القانون المدني العراقي.

(2) لاحظ : ف2 من المادة (259) من القانون المدني العراقي.

(3) لاحظ : ف2 من المادة (173) من القانون المدني العراقي.

(4) نقلا عن : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي، مرجع سابق ، ص71.

المطلب الثاني
القصد في الملكية

فرق المشرع العراقي بين الملك التام والملك الناقص ، فالملك التام هو ماحددته المادة (1048) [1] مدني بقولها : ((الملك التام من شأنه أن يتصرف بـــه المالـــك ، تصرفا مطلقا فيما يملكه ، عينا ومنفعة واستغلالا . فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة)).

أما الملك الناقص فهو الملك على الشيوع ، اذ لايستطيع أحد الشـــركاء اطـــلاق تصرفاته على المال بشكل مطلق بل هو سيتقيد بما للآخرين مـــن الشـــركاء مـــن سلطات على المال ذاته .

والملكية سواء أكانت على شكل ملك تام أو ناقص لها أسباب لكسبها ، فالمالـــك يصبح مالكا للشيء بأحد الأسباب الآتية:

1- الاستيلاء.
2- الميراث.
3- الوصية.
4- الالتصاق.
5- العقد.
6- الشفعة.
7- الحيازة.

ولكون الحيازة هي من أهم أسباب كسب الملكية تعلقا بموضوعنا، عليه ســـوف نقسم هذا المطلب الى فرعين ، نعالج في الفرع الأول استظهار دور القصـــد فـــي أسباب كسب الملكية ، ثم نوضح في الفرع الثاني حقيقة دور القصد في تحديد صفة يد الحائز .

---

(1) تقابلها المادة (802) مدني مصري ، والمادة (1018) مدني أردني.

الفرع الأول
دور القصد في أسباب كسب الملكية

باستثناء الميراث الذي هو قائم على مبدأ تملك وتمليك بألزام الشارع [1]، وبالتالي لاعبرة للقصد الا في التخلي عن الحصة الارثية بالتنازل عنها ،أي التخارج ، الا أن للقصد دور في جميع هذه الأسباب ، وكما يأتي :

أولا: القصد في الاستيلاء:

يظهر دور القصد في الاستيلاء جليا، فهو الركن المعنوي فيه ، اذ لا يتحقق حكم الاستيلاء الا به ، حيث نصت الفقرة (1) من المادة(1098) من القانون المدني العراقي على أنه : ((كل من أحرز بقصد التملك منقولا مباحا لا مالك له ملكه[2])).

فبالاضافة الى الاحراز أي وضع اليد حقيقة أو حكما يجب كذلك أن يكون الاحراز مقترنا بقصد التملك ، وعلى ذلك فمن يحرز شيئا لا بقصد تملكه بل بالصدفة فانه لايصبح مالكا ، بل يبقى الشيء مباحا وباستطاعة كل شخص الانتفاع به فمن وضع اناءا بقصد جمع الماء ، فان الماء المتجمع يكون ملكا له ولكنه لو قام بوضع الاناء في محل بدون قصد جمع المطر فنزل المطر ، فلايكون الماء ملكا له لعدم اقترانه بقصد التملك ، وعلى ذلك ليس للصغير غير المميز أو المجنون أن يتملك بالاحراز لانعدام القصد نظرا لاختلاط واقعة الاحراز بارادة التملك ، وهذه الارادة تفترض أو تتطلب قدرا معينا من الوعي والادراك وهو غير متوفر لا في الصغير غير المميز ولا في المجنون[3].

---

(1) لاحظ: د . أحمد علي الخطيب ، أحكام الميراث ، جامعة الموصل ، 1982 ، ص 8.

(2) لاحظ: المادة (870) مدني مصري ، والمادة (1076) مدني أردني.

(3) لاحظ : محمد طه البشير ود.غني حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الأول ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي كلية القانون بجامعة بغداد ،1402ه ،1982م ، ص160-161.

ثانيا : القصد في الالتصاق:

والقصد يظهر جليا في الالتصاق الصناعي ، (الالتصاق بفعل الانسان) ، اذ أن القانون يأخذ بعين الاعتبار كون هذا الفعل كان مقصودا قائما على العلم أم لم يكن مقصودا جرى بحسن نية ، وهذا ما جعل الفقه [1] يميز بين حالات متعددة للألتصاق فصل بينها على أساس حسن النية أو سوئها ، فالذي يحدث بناءا على أرض غيره ، يختلف حكمه فيما لو كان يعلم أن الأرض الذي يحدث عليها البناء هي ليست مملوكة له . أو كان لا يعلم ، بل كان علمه قائما على زعم سبب شرعي ، اذ نصت المادة (1119) مدني عراقي [2] : ((أذا أحدث شخص بناءا أو غراسا أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحبها ، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها ، فاذا كان القلع مضرا بالأرض ، فله أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع)). وهذه المادة تبين حكم المحدث سيء النية ، أما المادة (1120)[3] فهي توضح حكم المحدث حسن النية حيث نصت على أنه : ((أذا أحدث شخص بناء أو غراسا أو منشآت آخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي ، فان كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يتملك الأرض بثمن مثلها واذا كانت قيمة الأرض لاتقل عن قيمة المحدثات ، كان لصاحب الأرض أن يمتلكها بقيمتها قائمة)).

ومن هنا تظهر حقيقة دور القصد في الملكية القائمة على التصاق الأموال.

---

(1) لاحظ . محمد طه البشير ود.غني حسون طه ، المرجع السابق ، ص170-174.

(2) لاحظ المادة (924) . مدني مصري ، المادة (1140) مدني أردني.

(3)لاحظ : المادة (1141) مدني أردني.

ثالثا: القصد في الشفعة:

الشفعة ، بحسب القانون المدني العراقي ، هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة [1]. والشفعة تحصل عندما يقدم الشفيع طلبا ليتمسك بها وهذا مايستفاد من نص المادة (1138) مدني عراقي[2] حيث نصت على أنه:((على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة التسجيل العقاري خلال خمسة عشر يوما من تأريخ انذاره بالبيع انذارا رسميا من البائع أو المشتري ، والا سقط حقه . ويجب أن يتضمن هذا الانذار بيان العقار المبيع بيانا واضحا وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع ومحل اقامته ، والا كان الانذار باطلا)).

فاعلان الرغبة قائم على عمل ارادي مقصود به تملك العقار المشفوع وهنا يبرز دور القصد في هذا السبب الناقل للملكية .

رابعا: القصد في العقد والوصية:

وبما أن كل من العقد والوصية تصرف قانوني يهدف الى احداث آثار قانونية ، تتمثل في انتقال الملكية بين المتعاقدين أو من احدهما الى الآخر ، ومن الموصي الى الموصى له ، فان للقصد دور واضح فيهما ، لأن الأخير اذا لم يكن موجودا فلا وجود للتصرف، ان القصد في التصرف القانوني يتم البحث عنه في ركني الرضا والسبب ، فهو عنصر في الرضا ، فيتكون الرضا عند الحنفية من عنصرين الأول : القصد الى مباشرة السبب ، القصد الى القول أو الفعل المنشيء للتصرف ، والعنصر الثاني هو الرغبة في الحكم ، ويعبر رجال الفقه الوضعي عن القصد الى مباشرة السبب بارادة التعبير، وعن القصد الى الحكم بارادة الأثر [3]،وبه ينهض

---

(1) المادة (1128) مدني عراقي ، تقابلها المادة (1150) مدني أردني.

(2) تقابلها المادة (940) مدني مصري ، والمادة (1162) مدني أردني.

(3) لاحظ : د. السيد نشأت ابراهيم الدريني ، التراضي في عقود المبادلات المالية ، الطبعة الأولى . دار الشروق ، جدة ، المملكة العربية السعودية ، 1402ه ، 1982م ، ص52.

السبب سواء أكان سببا للالتزام أم سببا للعقد ، كما أن القصد قد يتجه الى ذات التصرف ، كما قد يتصل بأثره [1].

خامسا: القصد في الحيازة:

الحيازة نظام قانوني اقتبسه المشرع من الفقه اللاتيني ،وهو يقابل نظام اليد الذي اقتبسه المشرع من الفقه الاسلامي ، بل ان الموضوعين مرتبطان ببعضهما البعض، وقد عرفت الفقرة (1) من المادة (1145) الحيازة بأنها : ((الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق))[2]. وعلى رغم من أن المشرع لم يبرز دور الركن المعنوي في الحيازة الذي يمثل قصدا مدنيا واضحا ، الا أن الفقه قد عده ركنا في الحيازة [3]، كما أن القصد يلعب أدوارا كثيرا في الحيازة ، نذكرها:

1- **القصد هو الذي يميز بين الحائز حيازة حقيقية والحائز حيازة عرضية ، فالمستأجر للعقار بموجب عقد ايجار ، هو يحوز العقار نيابة عن المالك ، اذ لا تتوافر لديه نية كسب أي حق على العين المؤجرة ، فحيازته عرضية لها.**

2- **كما أن للقصد دور في تحول صفة الحيازة من عرضية الى حقيقية بفعل الحائز، عندما تتوافر لديه نية كسب الحق على المل الذي في حوزته ، كما في حالة المستأجر عندما ينكر الحق على المؤجر فيحوز الشيء بصفته مالكا له .**

3- الحيازة لاتقوم على عمل من أعمال الاباحة أو عمل من أعمال التسامح ، اذ نصت الفقرة (2) من المادة (1145) مدني عراقي [4] على أنه : ((ولاتقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد اباحة ، أو عمل يتحمله الغير

---

(1) لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، مرجع سابق ، ص195-196.

(2) لا حظ: المادة (1171) مدني أردني ، ولايوجد تعريف للحيازة في القانون المدني المصري.

(3) لاحظ: د. حسام الدين كامل الأهواني ، الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسب الملكية) ، القاهرة ، 1993، ص337.

(4) لاحظ: المادة (949) مدني مصري ، الفقرة الثالثة من المادة (1171) مدني أردني.

على سبيل التسامح منه. وكذلك لاتقوم على أعمال متقطعة)). وهنا يبرز دور القصد ، ولاسيما في التسامح ، اذ معه ينتفي العلم لدى المالك في أن نية الحائز تتجه نحو كسب الحق على الشيء المحوز ، ولهذا لاتنهض بالتسامح حيازة لوجود خلل في القصد.

4- كما أن الحيازة لاتنهض بوجود عيب اللبس أو الغموض ، فهذا العيب يشوب الركن المعنوي للحيازة [1] المتمثل في القصد المدني نحو كسب الحق على الشيء.

5- كما أن لحسن القصد (النية) أو سوئه دور كبير في الحيازة ، وقد بينت المادة (1148) مدني عراقي [2]حسن النية وسوء النية ، اذ نصت على أنه : ((1- يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل انه يعتدي على حق الغير. وحسن النية يفترض دائما ، مالم يقوم الدليل على خلاف ذلك . 2- ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز ، الا من الوقت الذي يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على الغير . ويعد كذلك سيء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالاكراه ، ولو اعتقد ان له حقا في الحيازة)).

6- بل ان وظائف الحيازة في كسب الملكية أو في منع سماع دعوى الملك تختلف باختلاف سوء نية الحائز أو حسنها ، وبحسب ما اذا كانت الحيازة واردة على عقار أو منقول ، وقد وضع المشرع العراقي ثلاثة أحكام للحيازة تختلف باختلاف نوع القصد فيها وكما يأتي:

أ- حيازة منقول أوعقار بسوء النية : حيث نصت الفقرة (1) من المادة (1158) [3] مدني عراقي على أنه : ((من حاز منقولا أو عقارا غير مسجل في دائرة

---

(1) لاحظ: د. سعيد عبدالكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الأصلية) . دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1973، ط1، ص193ومابعدها. وأستاذنا المشرف د. محمد سليمان الاحمد . الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة ، عمان ، 2001، ص11.

(2) لاحظ المادة (965) مدني مصري ، تقابلها المادة (1176) مدني أردني.

(3)لاحظ المادة (968) مدني مصري ، تقابلها المادة (1181) مدني أردني.

التسجيل العقاري باعتباره ملكا له أو حاز حقا على منقول أو حقا عينيا غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمسة عشر سنة ، فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي)).

ب- **حيازة عقار بحسن نية ، حيث نصت الفقرتان (2،3) من** المادة (1158)[1] مدني عراقي على أنه: ((2- واذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري ، وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري ، واقترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته الى سبب صحيح ، فان المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات . ولايشترط توافر حسن النية ، الى وقت تلقي الحق . 3- والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار ، باحدى الوسائل التالية:

أ- الاستيلاء على الاراضي الموات.

ب- انتقال الملك بالارث والوصية.

ج- الهبة.

د- البيع أو الفراغ.

ج- حيازة منقول بحسن نية ، حيث نصت المادة (1163)[2] مدني عراقي على أنه: ((1- من حاز وهو حسن النية منقولا أو سندا لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد. 2- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ، مالم يقم الدليل على عكس ذلك)).

---

(1) لاحظ الفقرة الاولى من المادة (969) مدني مصري ، تقابلها الفقرة الاولى من المادة (1182) مدني أردني.

(2) لاحظ المادة (976) مدني مصري ، تقابلها المادة (1189) مدني أردني.

7- كما أن المشرع اعتمد على القصد في تملك الحائز للثمار ، اذ أنه فرق بين كون الحائز حسن النية أو سيء النية :

أ- الحائز حسن النية : حيث نصت المادة (1165) [1] مدني عراقي على أنه :

((يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته)).

ب- الحائز سيء النية : حيث نصت المادة (1166) [2] مدني عراقي على أنه :

((يكون الحائز سيء النية مسؤولا ، من وقت أن يصبح سيء النية ، عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضتها . غير أنه يجوز له أن يسترد ما انفقه في انتاج هذه الثمار)).

8- كما أن المشرع اعتمد على عنصر القصد في تحميل الحائز للمصروفات النافعة ، اذ أحالت الفقرة (2) من المادة (1167) حكم هذه المصروفات الى كل من المادتين (1119-1120) وهما يتعلقان بحكم التصاق المنقول بعقار بقيام صاحب المواد بالبناء على ملك الغير ، اذ تضمنت المادة (1119) بيان حكم المحدث سيء النية ، وتضمنت المادة (1120) بيان حكم المحدث حسن النية.

9- وأخيرا تشدد المشرع مع الحائز سيء النية فيما يتعلق بمسؤوليته عن الهلاك ، حيث نصت المادة (1168) [3] مدني عراقي على أنه : ((اذا كان الحائز سيء النية ، فانه يكون مسؤولا عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولوكان ذلك ناشئا عن حادث مفاجئ ، الا اذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه)).

---

(1)لاحظ المادة (978) مدني مصري ، تقابلها المادة (1191) مدني أردني.

(2)لاحظ المادة (979) مدني مصري ، تقابلها المادة (1192) مدني أردني.

(3) لاحظ المادة (984) مدني مصري ، تقابلها المادة (1196) مدني أردني.

مما سبق تتضح حقيقة الدور الذي يلعبه القصد في الحيازة التي لها تأثير واضح على الملكية ايجابا وسلبا ، كما أنها تقابل موضوع اليد ، اذ غالبا ما تكون يد الحائز سيء النية يد ضمان ، ويد الحائز حسن النية يد أمانة ، الا في بعـض الحـالات القليلة ، ويمكن توضيح حقيقة دور القصد في تحديد صفة يد الحائز على ملك الغير من خلال الفرع الثاني .

الفرع الثاني
دور القصد في تحديد صفة يد الحائز

يماثل نظام الحيازة نظام وضع اليد في الفقه الاسلامي ، وعلى هذا الأساس توصف يد الأمانة بأنها حيازة مشروعة ويد الضمان بأنها حيازة غير مشروعة [1]، وتختلف تكييف اليد بأنها يد أمانة أو يد ضمان بحسب استناد الحيازة الى حسن النية وتوافر السبب الصحيح أو سوء النية [2]، لذا فان توضيح الدور الذي يؤديه القصد في تحديد صفة يد الحائز مرهون ببيان مدى التقارب الموجود بين مفهوم كل من يد الأمانة وحسن النية من جهة ، ويد الضمان وسوء النية وما يجمع بينهما من جهة أخرى.

ونكون بصدد يد الأمانة عندما يحوز انسان مالا لغيره ويضع يده عليه ، لابقصد تملكه بل باعتباره نائبا عن المالك أو بأذن منه ، فهو على يقين بأنه ليس بمالك لهذا الشيء [3] ويعرف الحائز حسن النية بأنه من يحوز الشيء بغير قصد التعدي على حق الغير ، اعتقادا منه أنه هو المالك الحقيقي ، وهو بهذا المفهوم يقترب من مفهوم يد الامانة نظرا لانتفاء قصد التملك [4] في حين يقصدالحائز سيء النية [1]

(1) لاحظ : د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، الجزء الأول ، الطبعة التاسعة منقحة و مزيدة ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، بغداد ، 2002، ص199 الهامش رقم (1).

(2) لاحظ : د. ليلى عبدالله سعيد ، النظرية العامة لضمان اليد ، وضع اليد على ملك الغير المصدر السادس للالتزام ، الطبعة الأولى ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، 2001 ، ص197.

(3) لاحظ : د. حسن على الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الخطأ ،الجزء الثاني ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، 2006 ، ص244.

(4) لاحظ: الفقرة (1) من المادة (1148) من القانون المدني العراقي ، تقابل المادة (1176) من القانون المدني الاردني ، للتفاصيل حولها لاحظ: استاذنا د . محمد سليمان الاحمد واستاذنا د. نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون / جامعة الموصل ، المجلد الأول ، العدد (17) ، السنة الثامنة، 2003.، ص 81.

من وراء حيازته الاعتداء على حق الغير وتتوافر لديه نية التملك السيئة ، وهو بهذا يتفق مع مفهوم يد الضمان التي تكون على مال شخص آخر بقصد تملكه ، ووصف اليد بأنها يد أمانة او يد ضمان يكون تابعا للنية ونظرا للتغييرات التي تطرأ علــى النية بين فترة ولخرى فأن هذا الوصف لا يظهر على الحيازة منذ ابتدائها ، لذا اذا اراد الحائز تملك المنقول كانت يده عليه يد ضمان ، اما اذا وضعه فــي حيازتــه وبغير قصد تملكه عدت يده يد أمانة ، كما وأن تحول صفة اليد من يد أمانة الى يد ضمان أو العكس يكون تابعا للنية في كثير من الحالات [2] فالحائز سيء النية غالبا ما تكون يده على الشيء يد ضمان كالغاصب والسارق وخائن الامانة والذي يعثر على اللقطة فيأخذها على سبيل التملك [3] ، أما الحائز حسن النية فيده على الشيء يد أمانة الا في الحالات التي تستثنى بنص القانون كيد البائع قبل التسليم[4] فــرغم حسن نيته الا ان يده على المبيع تعد يد ضمان ، لكنها تنقلب الى يد أمانة بقيــام سبب قانوني للحبس ، ومن الأمثلة على يد الأمانة ، يد كل من الوديــع والوكيــل والمستأجر والذي يعثر على اللقطة فيأخذها لكي يردها لمالكها[5].

---

(1) لاحظ : الفقرة الثانية من المادة (1148) من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة (1177) من القانون المدني الاردني.

(2) لاحظ: استاذنا د . محمد سليمان الاحمد واستاذنا د. نواف حازم خالد ، مرجع سابق ، ص 82.

(3) لاحظ: الفقرة الاولى من المادة (974) من القانون المدني العراقي .

(4) لاحظ : المادة (428) من القانون المدني العراقي.

(5) لاحظ : الفقرة الثانية من المادة (974) من القانون المدني العراقي.

الفصل الثاني
دور التعدي والتعمد في تضمين اليد

ان توضيح دور كل من التعدي والتعمد مرتبط بشكل أساس بنظرية تدرج الخطأ الذي اصبح لا ضرورة له بنظر الكثير من الفقه ، الا أن درجات الاخطاء عموما والعمدية منها خصوصا يساهم بشكل كبير في بنائه ، فالتعمد هو القصد بعينه وما دمنا بصدد بيان القصد المدني السيء فان هذا يجعل من الترابط بين العمد ودرجات الاخطاء ترابطا وثيقا.

للتعرف على دور كل من التعدي والتعمد في تضمين اليد لا بد من تعريفهما وتمييزهما عما يشتبه بهما ، يقتضي التعريف بمصطلحي التعدي والتعمد التصدي لتحديد مفهومهما المعتمد أساسا على ما أقره الفقهاء المسلمون ، وبتحديد هذا المفهوم سوف نحاول تمييزهما عما قد يشتبه بهما ، عليه سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين نتناول في المبحث الأول تحديد مفهوم كل من التعدي والتعمد ونعالج في المبحث الثاني تحديد نطاق التعدي والتعمد بتمييزهما عما يشتبه بهما .

المبحث الأول
تحديد مفهوم كل من التعدي والتعمد

لغرض الإلمام الوافي بمضمون كل من المصطلحين نقسم هذا المطلب الى فرعين ، نتناول في المطلب الأول التعدي ونلقي الضوء في المطلب الثاني على التعمد .

المطلب الأول
مفهوم التعدي

التعدي عند علماء اللغة هو مجاوزة الشيء إلى غيره، يقال: **(عَدَّاه تَعْدِيَةً فتَعَدَّى) أي تجاوزه**[1]، وفي هذا المعنى ورد قوله تعالى (و من يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه)[2] أي يجاوزها.

أما التعدي في إصطلاح الفقهاء فقد إستخدمه الفقهاء المسلمون لخدمة معان عدة وبشكل عام يمكن تجميعها في معنيين. المعنى الأول: التصرف في مال الغير دون قصد تملكه: وأكثر الفقهاء إستعمالا للتعدي بهذا المعنى هم المالكية والأباضية، فقد أُستعمل بمعنى الجناية بوجه عام بمعنى أن نطاقه يتسع ليشمل التعدي على الأنفس والأبدان والفروج والأموال، وجاء عندهم أيضا بمعنى غصب المنفعة فسموا الإستيلاء على الشيء غصبا، أما الإستيلاء على منفعته فقط دون أن يكون لدى الشخص قصد تملكه يسمى تعديا[3].

---

(1) الإمام محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، لبنان. 2005. ص373، مادة عدا.

(2) الطلاق: 1.

(3) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، 1985، ص227-228.

المعنى الثاني: مجاوزة الحد المأذون فيه: فقد تناول الفقهاء المحدثون التعدي بهذا المعنى، وقصدوا به إحداث عمل لم يأذن الشرع فيه، بعبارة أخرى إحداث عمل لم يكن للشخص حق فعله، أي قيامه بما يجاوز المشرع إلى غيره، فهو تعبير عن الظلم ومجاوزة الحقوق وبذلك يقترب مفهوم التعدي في هذا المجال من معناه اللغوي إن لم يكن هو نفسه[1].

فقد عرفه أحد الفقهاء بأنه: (مجاوزة الحق بحسب عرف الناس وعاداتهم مما يتطلب الإقتصار عليه شرعا)[2]، وذهب آخر إلى إيراد تعريف واضح جامع مانع للتعدي فيقول بأنه (مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة)[3].

فالمراد بهذا المعنى للتعدي قيام المتعدي بما يجاوز المشروع إلى غيره أو جاوز الحد المأذون له في حقه وتعداه إلى غيره فهو تعبير عن الظلم ومجاوزة الحقوق[4]، وبذلك إذا نتج الضرر عن عمل مباح أو إستعمال لا يعد تعديا عملا بالقاعدة الفقهية (الجواز الشرعي ينافي الضمان)[5].

و يرى أحد الفقهاء [6]وجوب التفرقة بين لفظي التعدي والتفريط وتحديد المفهوم الأخير لم يأت به نص شرعي وإنما يمكن إستخلاصه من الروايات ومن المتعارف

---

(1) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص228. و لاحظ في شأن هذا التقسيم د. أسامة عبدالعليم فرج الشيخ، أحكام مسؤولية الأمين في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2006، ص65-70.

(2) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، معهد البحوث و الدراسات القانونية، ص249.

(3) د. محمد فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة و القانون، نقلا عن: جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، منشورات جامعة صلاح الدين، مطبعة جامعة الموصل، 1984، ص179.

(4) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص249.

(5) المادة (6) من القانون المدني العراقي.

(6) لاحظ: د. محمد عليوي ناصر، خيانة الأمانة و أثرها في العقود المالية في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2001، ص 54، 55.

عند الفقهاء في أقوالهم بمعنى أن التفريط يأتي بمعنى التقصير وعدم الإلتفات فكل ما لا يكون بنية التعدي بل بسبب غفلة وعدم الإنتباه لا يعد عدوانا أي تعديا بل هو تقصير وإهمال بعدم الإلتفات وتفريط في حقوق الغير مما يعني أنه أقام التفرقة بين التعدي والتفريط على أساس توفر النية لدى الفاعل من عدمه.

وهذا الرأي الذي أشرنا إليه سابقا يخالف ما ذهب إليه بعض الباحثين والدارسين [1] الذين يرون أن الفقهاء أحيانا إستعملوا التعدي بمعنى التقصير وميدانه كان واسعا لدى الفقهاء المسلمين حتى بات مماثلا للخطأ التقصيري لدى الفقه القانوني فيبدأ من مجاوزة الحق والتعسف فيه مرورا بالإهمال والتقصير وعدم التحرز.

أما احد الفقهاء [2] فله رأيه الخاص فيما يخص معنى التعدي فيقول أن التعـدي يستعمل في معنيين ويجب التمييز بينهما، فالمعنى الأول: هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم وهذا ما يتفق مع إتجاه الفقهاء المحدثين في تعـريفهم للتعدي والمعنى الثاني: هو العمل المحظور في ذاته شرعا بقطع النظر عن كونه متجاوزا حدود الغير أم لا.

فالتعدي بالمعنى الأول هو شرط أساس في مسؤولية كل من المباشر والمتسبب على حد سواء، ويستوي في هذه الحالة الإقرار بمسؤولية كلاهما وجـود التعـدي الخطأ والعمد، فهو شرط في الفعل الضار عموما سواء أكان ذلك مباشرا أم متسببا، أما التعدي بمعناه الثاني، فليس بشرط لإقرار مسؤولية كل من المباشر والمتسـبب بحيث أن الفعل لا يعد في ذاته محظورا شرعا بل قد يكون واجبا ويثبـت معـه

---

(1) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص(228-229)، و صالح أحمد محمد اللهيبي، المباشر و المتسبب في المسؤولية التقصيرية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2004، ص(52-53)، و لاحظ (م204) من القانون المدني العراقي حيث تنص (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض) و كل يشمل جميع صور التعدي.

(2) لاحظ: د. مصطفى الزرقا، الفعل الضار و الضمان فيه، دراسة و صياغة قانونية موصلة على نصوص الشريعة الإسلامية و فقهها إنطلاقا من القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، دار العلوم، بيروت، 1409هـ-1988، ص78-79.

الضمان، مثال ذلك من يضطر إلى أكل طعام غيره لكي ينقذ نفسه من الهلاك فإن فعله جائز لكن مع ذلك يستوجب الضمان، أو كما لو زلق إنسان أو أغمي عليه فوقع على مال غيره فأتلفه فإنه ضامن على الرغم من أنه لم يأت بعمل محظور ولكن ذلك لا يمنع من وصف فعله بالتعدي بناءا على القاعدة الكلية (الإضطرار لا يبطل حق الغير) [1].

نستخلص من كل ذلك أنه لا يمكن إنكار العلاقة بين المعنى اللغوي والإصطلاحي للتعدي فالفقهاء قاموا بتعريفه على ضوء معناه اللغوي ويظهر ذلك أكثر في إتجاه الفقهاء المحدثين الذين عرفوه بمجاوزة الحد المأذون فيه وقد جعلوا من الشرع أو العرف ضابطا، بحيث يمكن إستخلاص إباحة ذلك التصرف منه أم لا كما أن المعنى الأول أيضا لا يخرج عن نطاق معنى المجاوزة، إذ أن إتلاف الشخص مال الغير الذي تحت يده، أو إنتفاعه به بغير إذن صاحبه، أو إستعماله زيادة على المدة أو المسافة المشترطة يوصف بأنه خروج عن الواجب، وتجاوز للحد المأذون فيه وتعديه إلى غيره[2]، ولا يمكن الإستغناء عن التعريف الثاني الذي تزعمه بعض الفقهاء المحدثين وذلك نظرا لما يتسم به من شمولية وإستيعاب كل معاني التعدي، لذا نؤيده ونجعل منه المعنى المختار لإتساع نطاقه للتصرف في مال الغير خصوصا وأنه لا يمكن إيجاد نص في الشرع أو عرف يجيز للشخص التصرف في مال غيره دون إذنه .

و نجد من الفقهاء[3] من يتناول التعدي كركن من أركان ضمان العدوان[1] بجانب الضرر والعلاقة السببية بين كلا من الخطأ والضرر، ومن المعروف أن من

---

(1) لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (213) من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة (63) من القانون المدني الأردني.

(2) لاحظ: أسامة عبدالعليم فرج الشيخ، مرجع سابق، ص70

(3) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، القاهرة ، 1410هـ -1990م، ص128 و ما بعدها.

القواعد الكلية التي تحكم المسؤولية في العمل غير المشروع في الفقه الإسلامي أن (المباشر ضامن وإن لم يتعمد)[2]، والركن[3] جزء من حقيقة وماهية الشيء بحيث يتوقف وجوده عليه فإذا تخلف تخلف الحكم معه أيضا ، وحسب القاعدة التي أوردناها أعلاه فإن الفقه الإسلامي يجعل من المباشر ضامنا سواء صدر منه أي تعد أم لا فبانتفاء تعديه لا بد من انتفاء الحكم أيضا وهو عدم تقرير مسؤولية المباشر إذا ما اعتبرناه ركنا، ومع هذا نرى أن الحكم لا ينتفي بل يبقى المباشر مسؤولا عن كل ما يتلفه مع أن التعدي غير متوافر، وتجدر الإشارة إلى أننا إستعرضنا هذا الكلام بالنسبة لمسؤولية المباشر وفي نطاق الفقه الإسلامي فقط ولا نتعداه لغيره، فعلى الأقل لا يمكن أن يكون التعدي ركنا في مسؤولية المباشر في الفقه الإسلامي.

---

(1) و يجب أن يلاحظ أنه يستخدم (ضمان العدوان) لكي يميزه عن ضمان العقد فقصر مفهومه على التعدي المتأتي من مخالفة الأحكام الشرعية العامة و الذي يتمثل في واجب عدم الإضرار بالغير والتعرض له سواء في ماله و بدنه و سائر حقوقه الأخرى، (لاحظ في هذا الموضوع: د. محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص73) ، و من الملاحظ أن عنوان المؤلف يحمل نفس الأسم.

(2) لاحظ: المادة (92) من مجلة الأحكام العدلية، و لاحظ شرحها لدى منير القاضي، شرح المجلة، الجزء الأول، مطبعتا السريان و العاني، بغداد، 1947، ص159 و هناك إتجاه في الفقه يرى أن القاعدة يجب أن تكون على الشكل التالي (المباشر ضامن و إن لم يتعد) بإعتبار أن التعدي له مفهوم واسع في الفقه الإسلامي فيشمل (العمد) و غيره، (لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص75، صالح أحمد محمد اللهيبي، مرجع سابق، ص53-54.

(3) لاحظ في تعريف الركن، د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق ، ص254.

بينما نجد من الباحثين من يجعل من التعدي شرطا[1] وليس ركنا وذلك حين يطرح السؤال التالي الخاص بمدى كون التعدي شرطا في الفعل الضار مباشرة أو تسببا[2] ولم يقل (ركن)، إضافة إلى ذلك فإن الضمان من قبيل خطاب الوضع في الفقه الإسلامي، وليس من خطاب التكليف وخطاب الوضع يقتضي جعل الشيء سببا لشيء آخر أو شرطا له أو مانعا منه بعكس خطاب التكليف الذي هو خطاب الشارع المقتضي طلب الفعل أو تركه أو التخيير بينهما[3] مما ترتب عليه عدم إشتراط تعمد الفعل والضرر أو تعمد الفعل وحده دون الضرر لإيجاب الضمان فلا نلتفت إلى قصد ونية المعتدي أو الباعث الذي دفعه إلى إرتكاب ذلك الفعل فيكفي وقوع حادثة مادية (من فعل أو ترك)[4] تخالف مأذون الشرع بحيث لا يشترط في هذه الأفعال القصد إلى نتائجها لأن من المفترض أن يتوقع الشخص العاقل نتيجة أفعاله[5] حسب القاعدة الفقهية أن الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه[6] وبالتالي فإن قيام صغير غير مميز أو مجنون أو ناس أو نائم أو غافل بإتلاف مال غيرهم

---

(1) و الشرط هو ما يتوقف عليه الشيء ولكن دون أن يكون جزءا من حقيقة الشيء و ماهيته بحيث يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده الوجود، كالشهود في الزواج فلا يلزم من حضورهما إكتمال الزواج، ولكن يلزم من عدمه عدم صحته عند جمهور الفقهاء (لاحظ في تفاصيل ذلك، د. مصطفى الزلمي. المرجع السابق، ص247 و ما بعدها).

(2) لاحظ: صالح أحمد محمد اللهيبي، مرجع سابق، ص53 .

(3) لاحظ: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص264، 266 .

(4) هناك من الفقهاء من يفترض فعلا إيجابيا من المباشر على أساس أن سبب الضمان هو الإتلاف و الأخير لا يتحقق إلا بصدور فعل إيجابي منه، و بعكسه إذا لم يكن الفعل إيجابيا كان الفاعل متسببا ليس غير، فيمكن أن يترتب على إمتناعه ضرر لكن ليس بوصفه مباشرا بل كمتسبب. (لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص40، و د. إبراهيم الدسوقي الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد و الإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، ص306، 307 .

(5) د. محمد أحمد السراج، مرجع سابق، ص133.

(6) لاحظ : تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ، الاشباه و النظائر ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود و الشيخ علي محمد عوض ، المجلد الأول ، الجزء الأول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1422ه ، 2001م ، ص152.

يلزمهم الضمان من مالهم لأن (المقصود هو المال وأداؤه يحتمل النيابة)[1] ولا خلاف بين الفقهاء على ضمان هؤلاء ولم يشترطوا لذلك سوى أن يكون المتلف من أهل الضمان، بمعنى آخر يكفي توافر أهلية الوجوب للقول بضمان المتلف، وبإستطاعة الولي تأدية ذلك الواجب لأن أداء مثل هذه الواجبات يحتاج إلى العقل والتمييز لأدائها[2] فالفقه الإسلامي لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون ناشئا عن إعتداء ومخالفة محظورة، بل يجب الضمان فيه مطلقا سواء أكان ناشئا عن إعتداء أم لا، هذا إذا حصل الضرر بطريق المباشرة[3] (فالمباشر ضامن وإن لم يتعمد)[4] أو إذا وقع بطريق التسبب[1] فيشترط فيه التعدي لضمان فاعله

---

(1) A history of English law, Holds worth vol. v III p.422

نقلا عن: د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص136.

(2) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص(136-138) و تجدر الإشارة إلى أن الفقهاء إختلفوا حول مدى مسؤولية الآباء عن أفعال أبنائهم القصر و يعزي السبب في ذلك إلى بروز مبدأ المسؤولية الشخصية لديهم و تأييده من قبلهم و الذي بمقتضاه يكون الشخص مسؤولا عن كل ما يصدر منه من قول أو فعل و حتى لا يُسأل شخص عن ضرر لا يد له في إحداثه، لذا قام التشريع الإسلامي بإقرار هذا المبدأ لكي يتحمل كل شخص نتيجة و آثار أفعاله و أقواله، لكي يفكر قبل الإقدام على ذلك الفعل و يكون وسيلة ردع لحذفه من العقاب لذا تقرر عدم تحميل إمريء تبعة شخص آخر و ذلك إستنادا إلى قوله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) سورة المدثر/ الآية (38) و قوله تعالى (و كل انسان ألزمناه طائره في عنقه) الإسراء، الآية (13) (لاحظ في تفاصيل ذلك: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص57)، ألا أن إتفاق الفقهاء المسلمين إنصب على تقرير مسؤولية البالغ العاقل، أما إذا وقع الفعل من صبي قاصر سواء أكان مميزا أو غير مميز -أو من في حكمهم كالمجنون و المعتوه- فقد إختلفوا في الشخص الذي تقع عليه تبعيته فهل يُسأل الأب الملزم برقابة الصغير أم يقع عبء هذه المسؤولية على الصغير عملا بمبدأ المسؤولية الشخصية أو تحمل التبعة الفردية، للتفصيل أكثر، لاحظ: د. جمال مهدي محمود الاكشة ،مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر ، في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2006 ، ص169 وما بعدها .

(3) المادة (887) من مجلة الأحكام العدلية، و الإتلاف بالمباشرة يتحقق حينما تصدر الأضرار من الشخص دون وساطة أي دون أن يتخلل بين فعله و الضرر فعل آخر، و يقال لمن فعله فاعل مباشر كهدم الدور و الإحراق و الإغراق و القتل.

(4) المادة (92) من مجلة الأحكام العدلية .

وإلا فلا يلزم بالضمان، وعلى الرغم من ذلك فقد أخطأ القائمون على مجلة الأحكام العدلية خطأً جوهريا في فهم الأصول العامة للضمان حين نصوا علـــى إشـــتراط التعمد في المتسبب لإيجاب الضمان ويمكن إستخلاص ذلك من خلال نص المـــادة (93) من هذه المجلة التي نصت على أن (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)[2] فلا بد للقول بضمان المتسبب من توافر التعدي –أي الخطأ– فلو قام شخص بحفر بئر في غير ملكه وبلا إذن المالك فوقع فيه إنسان ضمن، ولا ضمان إذا كان البئـــر فـــي أرضه أو كان حفره بإذن المالك[3].

---

(1) المادة (888) من مجلة الأحكام العدلية، و الإتلاف بالتسبب هو إحداث وضع يترتب على توافره حصول الضرر دون إستقلال بإحداث النتيجة و إنما يشترك معه عوامل أخرى.

(2) المادة (93 من المجلة، لاحظ: سليم رستم الباز، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، ص60، و منير القاضي، مرجع سابق، ص(156–157)، (ويرى أحد الباحثين أن هذا الخطأ راجع إلى ما ورد في كتاب الأشباه و النظائر لإبن نجيم التي وردت فيه القاعدة نفسها بلفظ (المباشر ضامن و إن لم يتعمد و المتسبب لا إلا إذا كان متعمدا)، و تعاقب شراح المجلة على ترديدها دون أن يأخذوا بنظر الإعتبار الآثار المتناقضة التي سوف تترتب عليها بحيث يخالف مفهوم الضمان بشكل عام) للتفصيل أكثر لاحظ: د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص(135–136) (و أول من نبه إلى الخطأ الموجود بهذه القاعدة هو البغدادي في (مجمع الضمانات) الذي أورد القاعدة بالشكل التالي (المباشر ضامن و إن لم يتعمد و المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا) و من الباحثين من يرى إستدراك المجلة للخطأ الموجود في المادة (93) و ذلك في المادة (924) التي نصت على أن (يشترط التعدي ليكون التسبب موجبا للضمان) للتفصيل أكثر لاحظ: صالح اللهيبي، مرجع سابق، ص50.

(3) لاحظ: د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول في مصادر الإلتزام، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر و التوزيع، 2002، ص(274–275)، و من الفقهاء من يرى بالنسبة لضمان المتسبب عدم قيام مسؤوليته على مجرد التعدي المادي و إنما يستلزم بالإضافة إلى ذلك العمد أو الخطأ أو الإهمال. (للتفصيل أكثر لاحظ: د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل، مرجع سابق، ص(159–165) و لاحظ: من وافقه من الباحثين د. عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية و إنعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، 2005، ص230.

والقاعدة في الفقه الإسلامي أنه إذا إجتمع المباشر والمتسبب معا في إحداث الضرر يضمن المباشر فقط، إعمالا للقاعدة الفقهية إذا إجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر[1]، وتعني هذه القاعدة أنه إذا ترتب على فعل حدوث ضرر بآخر، وكان قد اشترك في إحداث الضرر سبب بعيد ومباشر مؤثر فالمسؤول عن الضمان هو المباشر والسبب في ذلك أن المباشر علة الضرر في الواقع، أو هو المؤثر الأقوى في حدوثه، أما دور المتسبب فهو ضعيف ولم يستعمل وحده بالفعل إذا ما قيس بفعل المباشر[2].

مما سبق قوله نستنتج أن قاعدة المتسبب هي نقطة الانطلاق في تحديد دور الذي يلعبه القصد في الافعال في الفقه الاسلامي ، فقصد المباشر من عدمه لايمثل أي دور في ضمانه أو اعفائه منه .

معيار التعدي:

يمكن إستخلاص معيار التعدي من خلال أقوال الفقهاء في ذلك، فقد ذكر بعض الفقهاء (كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف)[3] ومثلوا له بالحرز في السرقة والتفرق في البيع والقبض والاحياء والاستيلاء في الغصب .

فمحتوى هذه القواعد تؤكد أن معيار كل شيء مرجعه هو الشرع فإذا لم يأت الشرع بمعيار محدد، في نفس الوقت الذي جاء العرف بهذا المعيار، فنلجأ إلى إعمال قواعد العرف وبذلك قد أحال الفقهاء بشأن المعيار الذي يقاس به التعدي إلى

---

(1) لاحظ: المادة (90) من مجلة الأحكام العدلية و المادة (258) من القانون المدني الأردني.

(2) لاحظ: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 2003، ص189.

(3) لاحظ : الامام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الأشباه و النظائر، في قواعد وفروع فقه الشافعية ، مرجع سابق ، ص222.

عرف الناس فيما يعدون مجاوزة أو تعديا في مألوفهم لما إستقرت أمورهم عليه وما إعتادوه من معاملات، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العرف عاما أو خاصا[1].

بناءا على ذلك فمن لا ينحرف عن السلوك المألوف شـرعا أو عرفـا لا يعـد متعديا، أما من إقترف سلوكا لا يتفق مع المألوف وجاوزه، كان متعـديا ويلزمـه الضمان[2]، إذن معيار التعدي هو في الغالب مادي موضوعي لا ذاتي يعتد فيهـا بالظروف الخارجية دون الظروف الداخلية ، بعبارة أخرى ينظر إلى التعدي على أنه واقعة مادية محضة يترتب عليها المسؤولية المتمثلة في تعويض المتضـرر[3] والضابط فيها هو سلوك الرجل العادي الذي يمثل جمهور الناس، فهي تنظر إلـى المألوف من سلوك هذا الشخص الوسطي وتقيس عليه سلوك الشخص الذي نسـب إليه التعدي فإذا لم ينحرف هذا في سلوكه عن السلوك المألوف للرجل المعتاد عـد غير متعد وإنتفت علة الضمان وبخلافه فإن أي إنحراف أو خروج عـن سـلوك الرجل العادي يجعل منه متعديا ويلزمه الضمان[4].

ومن الفقهاء [5]من يرى في هذا المعيار مرونة بحيث يصلح لكل الأحوال فـي جميع الظروف بالنظر لربطه بالظروف المعتادة العامـة دون ربطـه بـالظروف الداخلية للشخص .

ومن الفقهاء [6]من أبدى تحفظه عليه بحيث لم يأخذ بهذا المعيار كضابط للتعدي وبرر رأيه هذا بأن إتخاذ هذا المعيار كضابط ينتهي بنا إلى العمل بفكرة الخطأ بما تنطوي عليه من نزعات شخصية وبذلك يقضي على النزعة الموضوعية للتعدي في

---

(1) لاحظ: أسامة عبدالعليم و فرج الشيخ، مرجع سابق، ص72-73.

(2) لاحظ: أسامة عبدالعليم و فرج الشيخ، المرجع السابق، ص73.

(3) لاحظ: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص18.

(4) لاحظ: د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق ، ص19-20.

(5) لاحظ: جبار صابر طه، مرجع سابق، ص184.

(6) لاحظ: د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص168.

الفقه الإسلامي وإقترح معيارا آخر للتعدي وهو مجرد الإعتداء على حق الغير دون مبرر شرعي.

وهناك من لايتفق مع هذا الرأي لأن النزعة الموضوعية الموجودة في فكرة التعدي في الفقه الإسلامي لا تزال قائمة، صحيح أن ما دفع صاحب الرأي السابق إلى قول ذلك هو محاولته الإبقاء على التعدي في مجال التعريف الإصطلاحي للفقهاء وهو مجاوزة الحد المأذون فيه، لكن فكرة التعدي تطورت كما رأينا فشملت نطاقه بالإضافة إلى الخروج عن حدود الحق، عدم التبصر، والإهمال والتعسف في إستعمال الحق، ففرضت على الشخص التبصر والإحتياط بعدم المساس بحقوق الغير، والإبتعاد عن قصد الإضرار مما يستلزم بالضرورة البحث عن تمييز المسؤول وحرصه وتبصره وهي عوامل ذاتية، تقتضي تقديرا ذاتيا، بعد أن كان تقديره موضوعيا يقاس بمجرد الخروج عن حدود الحق، وهذا هو أساس المسؤولية في القوانين، على أن هذا الإقتران لا يجعل من الفقه الإسلامي يفقد نزعته الموضوعية فلم يخرج عن هذه النزعة الأصلية بل أراد منه التلطيف من هذه النزعة فلم يعد يقتصر في تقديره للتعدي على الخروج عن حدود الحق بل وأصبح يعتبر التعدي متحققا في الحالات التي يخرج فيها المسؤول عن مسلك الرجل المعتاد ولو لم يخرج عن حدود حقه وهذا الضابط الأخير هو بدوره ضابط مادي تعتد به القوانين الحديثة[1].

---

(1) لاحظ: د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص19.

المطلب الثاني

مفهوم التعمد

العمد لغة: (عَمَدَ) للشيء أي قَصَدَ له أي (تَعَمَّدَ) وهو ضد الخطأ[1] فالعمد هو القصد (إن العمد هو القصد، ولا يتوقف عليه إلا بدليله فأقيم الدليل مقام المدلول، لأن الدلائل تقوم مقام مدلولاتها في المعارف الظنية الشرعية)[2].

فقد عرف بأنه الفعل الذي يقصد الإتيان به ويقصد النتيجة التي ترتبت عليه قصدا صحيحا[3]، فالتعمد لا يختلف مفهومه لدى الفقه الإسلامي عن مفهومه الحالى لدى فقه القانونيين وهو إتيان الفعل عن قصد وإرادة بمعنى ان إرادة الشخص يتجه نحو الفعل ونتائجه، فالتعمد أو القصد في مجال الضمان يتمثل في إتيان الفعل بقصد الإضرار بالغير[4].

فلا بد من توافر الإرادة في الشخص أولا ومن ثم إتجاه تلك الإرادة إلى إحداث الفعل وإرادة النتيجة أيضا، فعدم وجود الإرادة يعني عدم إمكان تصور العمد، لذا جاء الفقه الإسلامي بقاعدته المعروفة (لا عمد للصبيان والمجانين)[5] فهؤلاء لا قصد لهم أصلا، أما بالنسبة للصبي المميز فله قصد لكنه غير صحيح، والسبب في ذلك أنه ليس بإستطاعته توقع نتائج أفعاله ولعدم إدراكه خطورة ما يترتب عليه،

---

(1) لاحظ: الإمام الرازي ، مختار الصحاح ، مرجع سابق، ص401، مادة (عمد).

(2) لاحظ: الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين، در المختار على در المختار-شرح تنوير الأبصار، ج5، ط3، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر ، 1326هـ، ص350.

(3) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص203-204.

(4) لاحظ: د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل، مرجع سابق، ص161 و قد جاء في المادة (923) من مجلة الأحكام العدلية (لو جفلت دابة واحد من الآخر و فرت فضاعت لا يلزم الضمان، أما إذا أجفلها قصدا فإنه يضمن).

(5) لاحظ: أبو محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج7، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1973، ص236.

وكذلك المكره بفعل ملجيء، لا قصد له، لأنه مسلوب الإختيار، أما السكران فهو متعمد لإختياره شرب المسكر[1].

و العمد يقابله الخطأ وهو الذي لا يقصد الإنسان الإتيان به وليس وجود خطأ في اتيان الفعل، أو يقصد الإتيان به لكن لا يقصد النتيجة التي ترتبت على الفعل ويسمى بالخطأ في القصد، مثال الحالة الأولى كمن يسير في طريق فينزلق رجله ويقع على شيء مملوك لغيره ويتلفه، أو كصدور الفعل الضار من الصبي والمجنون، ومثال الحالة الثانية كمن صوب سهمه نحو حمام ليصيده فطاش سهمه وأصاب شاة لغيره[2].

و من خلال إستعراض معنى التعمد يمكن أن نصل إلى نتيجة مفادها أن التمييز بين العمد والإهمال أمر لا تقره الشريعة الإسلامية في المسؤولية المدنية، ففي ضمان الأموال العمد والخطأ سواء فتتحقق بالقصد وعدم القصد بعكس المسؤولية الجنائية التي لا تقوم إلا بتحقق القصد لدى الفاعل وبالتالي قامت الشريعة الإسلامية فيها بالتمييز بين العمد والإهمال[3] ثم أن الشريعة الإسلامية شرعت الضمان لرفع الضرر وجبر ما فات ولا يتحقق هذا الجبر إلا بإحلال مال بدل المال التالف لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر بغض النظر عن حال من وقع منه الضرر[4] وذلك لقول الرسول (صلى الله عليه وسلم): (لا ضرر ولا ضرار)[5].

---

(1) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص204.

(2) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص204.

(3) لاحظ: د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل، مرجع سابق، ص160 و د. محمد يوسف الزغبي، مسؤولية المباشر و المتسبب في القانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث و الدراسات تصدر عن جامعة مؤتة، المجلد الثاني، العدد الأول، 1987، ص196.

(4) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص(205-206)، و الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص68-69.

(5) لاحظ: ابي عبدالله محمد بن يزيد القزويني الشهير بأبن ماجه ، سنن ابن ماجه ، الطبعة الاولى ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، رياض ، بدون سنة نشر ، الحديث رقم 2340 ، ص.400 وللتفصيل أكثر حول هذا الموضوع لاحظ : د. أسامة عبدالعليم الشيخ، قاعدة لا ضرر و لا ضرار في نطاق-

و في نهاية هذا المطلب نرى أن التمييز بين التعمد والتعدي أمر محتم علينا لأن هناك إختلاف بين كلا المفهومين مما يؤدي بالضرورة إلى الإختلاف في الحكم بينهما مما يقتضي وضع كل مصطلح في إطاره الصحيح، وقد تولى شراح القانون الجنائي رسم الحدود الفاصلة بينهما فللتعمد في القانون الجنائي معنى يختلف عن التعدي في ذات القانون إذ عرفوا التعمد بإرادة الفعل والنتيجة المترتبة عليه مع العلم بهما، أما التعدي وهو إرادة الفعل دون النتيجة[1]، هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي وإن أورد المصطلحين ألا أنه لم يميز في الحكم بينهما وذلك عند مخالفته القاعدة الفقهية (إذا إجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)[2]، وذلك في نص المادة (186) مدني والتي بمقتضاها أضاف الحكم إلى المباشر أو المتسبب أيهما كان متعمدا أو متعديا دون التمييز بينهما.

=المعاملات المالية و الأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2007، ص53 و ما بعدها.

(1) لاحظ: د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي (دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية)، دار النهضه العربية، القاهرة، 1978، ص207 و ما بعدها، و لاحظ: من الفقهاء من إقترح هذا الرأي و طالب بتتبع خطى شراح القانون الجنائي في هذه المسألة أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد ، دور الضمان في كسب الملكية تبعا، بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون، تصدر عن جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 13، 1420هـ، 2000م، ص341-342.

(2) لاحظ في شرح هذه القاعدة: منير القاضي، مرجع سابق، ص153، و قد أخذ به المشرع الأردني في المادة (258) مدني، و لاحظ من أثنى على موقف المشرع العراقي بخصوص المادة (186) مدني: د. محمد يوسف الزغبي، مرجع سابق، ص177.

المبحث الثاني
تحديد نطاق التعدي
والتعمد بتمييزهما عما يشتبه بهما

قد يشتبه كل من التعدي والتعمد مع مختلف درجات الخطأ ومع الغش في نطاق المعاملات مما يستلزم بالضرورة وضع الحدود الفاصلة فيما بينهما ووضع كل مصطلح في إطاره الصحيح وذلك في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول
تمييز التعمد والتعدي عن مختلف درجات الخطأ

لقد قمنا في المطلب السابق بتبيان معنى كل من التعدي والتعمد وأضفنا أن الحدود الفاصلة بين المصطلحين نجده لدى شراح القانون الجنائي ، لقد اختلف الفقه حول تحديد مدلول الخطأ في المسؤولية العقدية عنه في المسؤولية التقصيرية، والسبب في ذلك راجع إلى الدور الكبير الذي تؤديه الإرادة إبتداءا من مرحلة تكوين العقد إلى تنفيذه ونهاية الإلتزام وهو إحدى أهم الأركان الثلاثة في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية مما أدى إلى ظهور خلاف شديد بشأن تحديده ووضع معيار معين له[1].

و لو رجعنا إلى نصوص المواد التي استخدمت مصطلح الخطأ بشكل صريح في القوانين المختلفة[2] لم تبين مدلوله ولم تعرفه مما حدا ببعض الفقهاء إلى القول بأن ذلك قد زاد من هذا الأمر صعوبة وعسرا[1].

---

(1) لاحظ: د. حسين عامر و عبدالرحيم عامر، مرجع سابق ، ص129.

(2) كالمادة (163) مدني مصري، و المادة (1382) مدني فرنسي، أما القانون المدني العراقي فلم يرد فيه صراحة مصطلح (خطأ) بل أستخدم بدلا منه كلمة (التعدي) و جعل منه قاعدة عامة و ذلك في المادة (204) منه و التي تنص على ان :((كل تعد يصيب الغير بأي ضرر يستوجب التعويض)) ، أما القانون المدني الأردني فجعل أساس المسؤولية الفعل الضار وذلك في المادة (256) منه لاحظ بشأنها : -

ونحن لا نتفق مع هذا الرأي لأنه ليس من شأن المشرع أن يقوم بالتعاريف، وإنما هي من مهمة رجال الفقه والقضاء، فترك الأمر إلى الشراح والفقهاء عملا بالسياسة التشريعية السليمة التي تأبى على المشرع أن يزج نفسه في تعريفات يختلف أمرها بإختلاف النزعات السياسية والعوامل الإقتصادية والإجتماعية وكلها في تغير مستمر[2].

ونحن نضيف إلى ذلك أن المشرع قد يضع تعريفا بحيث يضيق من نطاق المصطلح ولا يؤدي الغرض الذي سعى المشرع إلى تحقيقه فتؤدي إلى حصر حالات قصد بها المشرع عموميتها وعدم حصرها أو قد تؤدي إلى نتيجة عكسية وبالتالي توسيع نطاقه وتعارضه مع هدف المشرع الذي قد يروم حصر النص بحالات معينة دون أن تتعداه إلى سواها من الحالات، وربما يعود السبب أيضا إلى ما يحمله الخطأ من فكرة أخلاقية لذا كان من العبث أن نعرف الخطأ مستقلا عن الفكرة الأخلاقية التي تعبر أساسا له[3].

- د. عبدالقادر الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ،2004 ، ص203، أما المشرع المدني المصري فقد ذكر عبارة الخطأ صراحة وذلك في المادة (163) من القانون المدني المصري حيث اعتد بالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية.

(1) لاحظ: د. حسين عامر عبدالرحيم عامر، مرجع سابق، ص135

(2) لاحظ: د. حسن علي الذنون ، مرجع سابق ، ص63.

(3) لاحظ: د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام-أحكام الإلتزام، الجزء الثالث، مطبعة الفجالة، 1954، ص119، و من تعريفات الفقهاء تعريف الفقيه الفرنسي (بلانيول) أنه الإخلال بإلتزام سابق و قد قام بحصر الإلتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ إلى ثلاثة أقسام: 1-الإمتناع عن العنف 2- الكف عن الغش 3- الإحجام عن عمل لم تتهيأ له الأسباب من القوة و المهارة و اليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء مما حدى ببعض الفقهاء إلى نقده و عدم إعتباره تعريفا و رأوا فيه تقسيما لأنواع الخطأ أكثر منه تعريفا (للتفاصيل أكثر لاحظ: د. عبدالرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، طبعة منقحة ، منشأة المعارف، أسكندرية، 2004، ص329، هامش رقم (1) و د. حسين عامر و عبدالرحيم عامر، مرجع سابق، ص(140-141)، و يعرفه عمانوئيل ليفي بأنه الإخلال بالثقة المشروعة، فهو يرمي إلى تعريف الخطأ من خلال التوفيق ما بين أمرين: -

والرأي الراجح فقها وقضاءا هو أن الخطأ بشكل عام يعرف في نطاق المسؤولية العقدية بأنه الإخلال بإلتزام عقدي قد يكون إلتزاما بتحقيق غاية أو إلتزاما ببذل عناية وهو أن يتخذ الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر لتجنب الإضرار بالغير، وأن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بإلتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير والإلتزام الذي يؤدي الإخلال به إلى تقرير المسؤولية التقصيرية هو إلتزام ببذل عناية، فالقانون يفرض على الكافة واجبا قانونيا[1] بعدم الإضرار بالآخرين مما يتعين على كل شخص أن يكون يقظا ومتبصرا في سلوكه فإذا إنحرف عن هذا السلوك مع إدراكه لذلك كان هذا خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية[2].

وجاء هذا التعريف بفضل الجهود المبذولة من قبل بعض الفقه [3]بعد أن قاموا بدراسة الإتجاهات المختلفة التي قيلت بصدد تعريف الخطأ وقاما بتحليلها وإنتقادها وتوصلوا إلى نتيجة مؤداها أن الخطأ فكرة مرنة صعبة التحديد وعزوا ذلك إلى إستحالة وضع قائمة جامعة مانعة للواجبات التي يتكون الخطأ بمخالفتها وإستحالة

- مقدار معقول من الثقة توليه الناس للشخص مما يؤدي به إلى التعامل معهم على هذا الأساس. فمن حقهم عليه أن يمتنع عن الأعمال التي تضر بهم.

ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فمن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير فيقع ما بين الأقدام و الأحجام يشق لنفسه طريقا وسطا يسير ثقته بنفسه و لا يتعرض مع ثقة الناس به، و لم يسلم هذا التعريف من النقد أيضا لعدم إحتوائه على معيار بحيث يمكن إتخاذه كضابط يبين الطريق الوسط الذي يمنع الشخص من الخطأ إذا هو سلكه. (للتفصيل أكثر لاحظ: د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص329، هامش رقم (1) و د. حسين عامر و عبدالرحيم عامر، المرجع السابق، ص(141-142)

(1) لاحظ: في موضوع الواجبات القانونية، د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي-دراسة مقارنة، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت. 1982، ص41 و ما بعدها.

(2) لاحظ: د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام ، مرجع سابق ، ص489 و د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 329-330.

(3) الأخوان مازو وتنك نقلا عن : د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص54-57.

تقرير مبدأ عام بعدم الإضرار بالغير دون فرض العديد من الإستثناءات التي قد تقتضي عليه بإعتباره مبدأ عاما، وأنتجت محاولات هذا الجانب من الفقه وضع معيار عام للخطأ يتمثل في إنحراف الشخص عن السلوك المعتاد وهو السلوك الذي يسلكه شخص يمثل جمهور الناس وهو الرجل المعتاد أو رب الأسرة الحريص كما جاء في القانون الروماني.

والمقصود بالشخص المعتاد شخص مجرد ظني أو خيالي، يفترض وجوده في نفس الظروف الخارجية التي يتواجد فيها من أحدث الضرر لتقدير المسلك المتوقع منه والذي يتعين أن يسلكه المدعى عليه فهو نموذج إفتراضي لا وجود له فعدد الفقه مواصفاته بأنه من أواسط الناس، يقظ وحريص لكن ذلك لا يعني أن يكون شديد اليقظة والحرص فهو ليس بالشخص الشديد اليقظة وليس بالشخص المهمل المتكاسل، إنما يتخذ موقعا وسطا بين هذا وذاك، فنضع الشخص المعتاد في الظروف التي يتواجد فيها المدعى عليه فإذا لم يسلك نفس المسلك فإن الخطأ يتوافر[1].

وقد ذهب أحد الفقهاء[2] عند تقديره نتائج هذا التعريف إلى القول بأنه نظرا لما إمتاز به التقدير الموضوعي من موضوعية وإنضباط فقد عمل به معظم الفقه في فرنسا وفي مصر كما إنحاز إليه القضاء.

ولكن من جانب آخر لم يسلم من النقد فقد قال أحد الفقهاء[3] عند تقييمه لتعريف الخطأ حسب هذا الإتجاه إلى أنه تعريف عام غامض تنقصه الدقة والتحديد ولكن أثنى عليه من جهة أنه ينطوي على العناصر التي ينبغي أن تتخذ من (الإنحراف في السلوك) معيارا للخطأ ونقطة إنطلاق نحو تعريفه تعريفا سليما محددا.

---

(1) لاحظ: د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل، المرجع السابق، ص(66-68) و د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني (المصادر غير الإرادية، 1998/1997)، ص95.

(2) نقلا عن: د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل، مرجع سابق، ص65.

(3) لاحظ: د. حسن علي الذنون، المبسوط (الخطأ)، مرجع سابق، ص90.

ويقول بعض الفقه [1] أنه لكي يمكن القول أن محدث الضرر لم يتصرف على النحو الذي كان ينبغي عليه أن يتصرف وفقا له وبمقتضاه لا بد في هذا الصدد أن نفرق بين الخطأ العمد من جهة والخطأ غير العمدي من جهة أخرى ومهما كانت المهمة صعبة وتكتنفها صعوبات بالنسبة للنوع الثاني فإن الأمر يسير بالنسبة للنوع الأول منه، فإقامة التفرقة بين كل من الخطأ العمد وغير العمدي يمكن إتخاذه أساسا صالحا لتلمس التعريف الصحيح لهذا الخطأ أو ذلك.

ونستخلص من كل ذلك أن انصار هذه النظرية لا يمكن أن يعرفوا الخطأ مطلقا دون أي وصف أو تحديد، فلا تنهض مسؤولية الفاعل كلما إقترف خطأ، بل يجب تحديد ما إذا كان قد إقترف خطأ عمدا أم أنه لم يقترف غير إهمال أو تقصير غير متعمد، فقيام المسؤولية لا جدال فيه كلما إقترف الفاعل خطأ عمدا بصرف النظر عن تجريم الفعل من المشرع العقابي بنصوص عقابية أم لا، فهناك فروق قانونية وعملية لا سبيل إلى إنكارها بين كلا النوعين مما يجعلنا أن نسلك الطريق نفسه وهذا ما سنحاول بيانه في هذه الفقرات الآتية أدناه والتي نستعرض فيها مختلف درجات الخطأ، فهناك آراء متناقضة لدى رجال القانون في مدى إمكانية الأخذ بنظرية تدرج الخطأ من عدمها وعادة ما يدرس تدرج الخطأ في إطار المسؤولية العقدية بسبب الإقرار التشريعي له ولآثاره القانونية، مما ينصرف بأذهاننا للوهلة الأولى أنها خاصة بالمسؤولية العقدية دون سواها لكنه يصلح أيضا لتطبيقه في مجال المسؤولية التقصيرية وذلك على حد تعبير أحد الفقهاء[2] وأضاف أن المعايير

---

(1) الاستاذان مازو وتنك نقلا عن: د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص89-90.

(2) لاحظ: د. محمد إبراهيم دسوقي، تعويض الوفاة و الإصابة الناجمة عن حوادث السيارات، 2006، ص25، (أن نظرية تدرج الخطأ رومانية المنشأ، لأن ترتيب مصادر الإلتزام حسب النظرية التقليدية كانت تفرق بين الجريمة المدنية و شبه الجريمة المدنية، و بالتالي بين الخطأ العمد و خطأ الإهمال، وإنتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسي القديم بفضل جهود الفقيه (بوتيه) و ذلك ضمن نظرية تدرج الخطأ) للتفصيل لاحظ: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الإلتزامات، الجزء الثاني، المجلد الثاني، في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، 1988، ص255 ود. حسين عامر-

الفاصلة بين هذه الأنواع الثلاث من الخطأ (العمد (الغش)-الجسيم واليسير) هي معايير أخلاقية تنم عن الذنب والإستهانة بحقوق الآخرين.

وعلى العكس من ذلك يرى أنصار وحدة الخطأ أن نظرية تدرج الخطأ أضحت ضالة وبالية ولا محل للإبقاء عليها وإذا ما أريد تحديد الخطأ فيجب عندئذ الإستناد إلى معيار واحد وهو معيار الرجل المعتاد، ففي نطاق العقد لا يهم البحث عن درجة الخطأ وإنما الذي يهم هو معرفة درجة إلتزام المدين لتنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتقه، كما أنه يمكن الإكتفاء بوقوع أي قدر من الخطأ ولو كان تافها لنهوض المسؤولية التقصيرية[1].

غير أن النظرية عادت إلى الظهور في بعض التشريعات الحديثة وما زال لها بعض النتائج العملية التي لا يمكن الإستهانة بها[2].

-وعبدالرحيم عامر، مرجع سابق، ص147، (و يرى العلامة السنهوري أن نظرية تدرج الخطأ ليست رومانية المنشأ و لا ينسب إليه. بل هي من خلق القانون الفرنسي القديم و ذلك على يد الفقيه (دوما) الذي رسم خطوطها الرئيسة و نراها واضحة المعالم و مبسوطة بوضوح عند بوتيه)، لاحظ: د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء الأول، القاهرة، 1952، ص662

(1) لاحظ: د. نوري حمد خاطر، الخطأ الجسيم في ظل تطليبقاته التشريعية و القضائية، بحث منشور في مجلة المنارة، المجلد التاسع. العدد الثالث، آب2003، و متاح على الموقع الألكتروني التالي:
http://www.arablawinfo.com/Research-search.asp?Validate=articles & ArticleID=286 last visit ed (7/12/2007)
ويرجى التنويه إلى أن الإشارة إلى الموقع الألكتروني جاء لأن البحث مأخوذ منه و أن تنزيل صفحات البحث على هذا الموقع قد لا يتوافق مع ترقيمه في المجلة لذا نشير إلى أرقام الصفحات حسب ما هو مطابق لأرقام صفحات الموقع تماما.

(2) لاحظ: د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص255

وتجدر الإشارة إلى أن وضع تدرج لأنواع الخطأ يكتنفه العديد من الصعوبات ويرجع السبب في ذلك إلى أن أساس هذا التدرج لا يوجد على صعيد قانون واحد، فلا يوجد نصوص متكاملة تجمع هذا التدرج أو تكشف عنه، بل يوجد في نصوص متناثرة سواء في القانون المدني أو في غيره من القوانين، كما أن هذا التدرج وليدة الأحكام القضائية أو التطبيقات العملية[1].

الا أن المشرع قد أعاد احياء فكرة (الذنب المدني) واعتد باللوم الاخلاقي ، وذلك بتخليه عن الفكرة التقليدية التي تقضي بأن الخطأ على درجة واحدة بالنسبة لآثار القانونية وعمل مجددا بنظرية تدرج الاخطاء وتنوع الآثار المترتبة عليها ، فالمسؤولية تتمثل في الغش ، الخطأ العمد والخطأ الجسيم و(الخطأ غير المغتفر)[2].

ويعرف الخطأ في اللغة بأنه ماليس للانسان فيه قصد ، أي ارتكاب الفعل دون قصد [3] .

و يتحلل الخطأ إلى ركنين: أولهما العنصر المادي أو الموضوعي وهو الإخلال أو التعدي وثانيهما الركن المعنوي أو الشخصي وهو الإدراك أو التمييز[4].

---

(1) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر (سوء السلوك الفاحش و المقصود). الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1416هـ-1995م، ص62

(2) لاحظ: د. محمد ابراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر ، بدون سنة طبع . ص185-186.

(3) لاحظ: السيد الشريف على بن محمد الجرجاني ، مرجع سابق ، ص82.

(4) لاحظ: د. عبدالمجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، بغداد ، 1980، ص215

وينقسم درجات الاخطاء على النحو التالي :

أولا: الخطأ العمد : عرف الخطأ العمد بأنه الإخلال بواجب قانوني مقترن يقصد الإضرار بالغير[1]، أو هو إنصراف النية إلى الإضرار بالغير[2] فإذا ما إنصرفت إرادة الإنسان إلى الإضرار بالآخرين يكون قد إقترف خطأ عمداً إذا ما وقع هذا الضرر بالفعل، فهو إنحراف واضح وصارخ عن السلوك السوي أو كما عبر عنه بعض الفقه [3] أنه (اللؤم والخبث) المنبعث أما من الرغبة في إلحاق الأذى والضرر بالآخرين أو من الإستهتار بمصالحهم والإستخفاف بهم مما لا يدع مجالا للشك في تقرير مسؤولية الفاعل أو بالأحرى مسؤوليته المدنية وذلك بإجماع القوانين والفقه والقضاء.

والعمد معناه إرادة إحداث أو إرتكاب الفعل الضار وإرادة إحداث النتائج الضارة المترتبة عليه، بعبارة أخرى لا يمكن أن نكتفي بقيام الفاعل بتوجيه إرادته الحرة نحو إرتكاب الفعل سواء أكان إيجابيا أم سلبيا بل يجب عليه فضلا عن ذلك تحقيق النتيجة المترتبة عليه، وعنصر القصد يظهر بوضوح في النتيجة التي إتجهت الإرادة إلى إحداثها[4] وبذلك يخرج الأشخاص المحرومون من العقل والتمييز عن دائرة الخطأ العمد لأن هؤلاء الأشخاص سواء كانوا أطفالا أو مجانين قد فقدوا عقولهم بسبب أو لآخر لا يمكن إنتساب إرتكاب خطأ عمدي إليهم فليس بمقدورهم صرف إرادتهم إلى الإضرار بالغير لأن نية الإضرار تستلزم بالضرورة توافر عقل وتدبر أعمال فكر وهي أمور لا يملكها هؤلاء الأشخاص[5].

---

(1) لاحظ: د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص260

(2) لاحظ: د. حسن علي الذنون، المبسوط (الخطأ)، مرجع سابق، ص94

(3) الفقيه الفرنسي بوتيه نقلا عن: د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص94

(4) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص(63-64)

(5) لاحظ: د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص94 و د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص64، هامش رقم (1)، و حسين عامر و عبدالرحيم عامر، مرجع سابق، ص143

غير أن بعض الفقه في ألمانيا وفي إنكلترا يكتفي لإعتبار الخطأ عمدا بإتجـاه الإرادة إلى الفعل المادي دون أن يترتب على فعله ضرر متى ما كان الفاعل قـد توقع وقت إرتكاب الفعل الضار النتائج المترتبة عليه وسموا نظريتهم هذا بنظرية التصور[1].

فهذه النظرية تتوسع في نطاق الخطأ العمد لكي يشمل بالإضافة إلى إرادة الفعل والنتيجة، الإكتفاء بإعتقاد الفاعل إمكان توقع تلك النتائج الضارة التي ترتبت على فعله، فيكفي لتوافر نية الإضرار وبالتالي توافر الخطأ العمد أن يساور الفاعل خطأ أو شك مهما كانت درجة هذا الشك من القوة أو الضعف في أنه سوف يترتب على فعله تلك النتائج الضارة التي وقعت بالفعل، وقد أرادوا من هذه الفكرة تقليد فقهـاء القانون الجنائي في هذا الصدد ونقل الفكرة إلى نطاق القـانون المـدني[2] ورغـم الإنتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية ألا أن القانون المدني الفرنسي قد أخذ بها بصورة غير مباشرة وذلك من خلال تشبيه الخطأ الجسيم بالخطأ العمد في بعـض النصوص وذلك تأثرا بالقانون الروماني الذي ينزل الخطأ الجسيم منزلـة الخطـأ العمد وذلك نظرا إلى درجة جسامته ويلاحظ في هذا الصدد أن بعض الفقهاء عندما يطلقون مصطلح (الخطأ العمد) إنما يقصدون به الغش أيضا[3] وأضاف آخرون أن

---

(1) لاحظ: د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص(95-98) و قد تزعم هذه النظرية في ألمانيا الفقيه الألماني (فون ليست) و تزعمها في إنكلترا الفقيه الإنكليزي (أوستن) و قد أرادوا من هذه الفكرة تقليد فقهاء القانون الجنائي في هذا الصدد فقد عرف فقهاء القانون الجنائي نوعين من القصد (القصد المباشر) و يريدون به الحالة التي يقوم فيها الجاني على الفعل المكون للجريمة راغبا في نتيجة فعله هذا أو على الأقل قابلا لهذه النتيجة، و يريدون بالقصد غير المباشر (أو القصد الإحتمالي) الحالة التي يقوم فيها الفاعل بإرتكاب الفعل و التي يستوي فيها لديه أن تتحقق نتيجته أو لا تتحقق. (للتفصيل أكثر لاحظ: د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص(182-283))

(2) لاحظ: د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص(95-96، 182)

(3) لاحظ: د. محمد إبراهيم دسوقي ، مرجع سابق، ص26 و د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص98

التشريعات عندما تستخدم مصطلح الغش إنما تعني به الخطأ العمد بوجه عام[1] مع أن القوانين لم تتطرق لمصطلح الخطأ العمد بل إستخدم مصطلح الغش مع الخطأ الجسيم[2].

أما نحن فنذهب إلى أنه توجد بين الخطأ العمد والغش فوارق لا يمكن إنكارها ، فقد يتساوي الغش مع الخطأ العمد فيكونان في مرتبة واحدة وقد يكون الغش أعلى مرتبة من الخطأ العمد .

إذن الخطأ العمد يتكون من عنصرين، العنصر الأول هو إنصراف النية إلى إرتكاب الفعل أو الترك غير المشروع سواء أكانت هذه الأفعال أو التروك جاءت نتيجة عمل عرضي أو إستمرار لعادة أو لصفات ذاتية أو تعمد الإهمال أو عدم الحيطة وبذلك فإن الفعل الذي يصدر عن غفلة من الإرادة كالسهو لا يحقق العنصر الأول.

أما العنصر الثاني للخطأ العمد فهو إنصراف الإرادة إلى الإضرار بالغير، أي إتجاه النية إلى نتائج الفعل أو الترك غير المشروع، فإذا لم يقصد الفاعل تحقيق تلك النتيجة فإن تعمد الفعل وحده لا يكفي للقول بالخطأ العمد[3].

أما بالنسبة لموقف القانون المدني العراقي فمن خلال نصوص مواد متعددة نجد أنه أستعمل تعبير الخطأ العمد وذلك في الفقرة (2) من المادة (186) حيث تكلم عن حكم إجتماع المباشر والمتسبب وقضى في حالة إجتماعهما بأن يضمن (المتعمد) أو المتعدي منهما، والمادة (568) التي جاءت فيها أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب والمادة (614) التي قضت

---

(1) لاحظ: د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ص11، متاح على الموقع الالكتروني التالي:

http://www.arablawinfo . com /Research_ search .asp? validate=Articles &Article ID=234

(2) لاحظ: المادة (259) من القانون المدني العراقي و الفقرة (2) من المادة (211) من القانون المدني المصري و الفقرة (2) من المادة (217) من القانون نفسه .

(3) لاحظ: د. محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص(26-27)

بعدم ضمان الواهب إستحقاق العين الموهوبة إلا إذا (تعمد) إخفاء سبب الإستحقاق ونصوص مواد أخرى أيضا[1].

أما بخصوص المقياس الذي يعمل به لكي يقاس به الخطأ العمد فقد إختلف الشراح بشأنه ففريق يذهب إلى وجوب إعتماد كلا المقياسين الشخصي والموضوعي نظرا لأن الخطأ العمد يتكون من عنصرين عنصر مادي وهو الإخلال بواجب من فعل أو ترك وعنصر نفسي وهو قصد الإضرار بالغير، مما يقتضي قياس العنصر المادي بالمقياس الموضوعي لمعرفة مدى الإخلال الحاصل بالواجب القانوني، وقياس العنصر النفسي بالتوجه لذات الشخص فلا يكون تقديره إلا شخصيا[2].

إلا أن هذا الرأي منتقد[3] فرأى بعض الفقه في المعيار الشخصي عبئا ثقيلا منه التوجه لذات الشخص لكي يقرر من خلاله أنه إقترف خطأً عمدا من عدمه ولإزاحة هذا العبء الثقيل وتسهيل الأمر على القاضي نجعل من واقعة الخطأ الجسيم قرينة على سوء نية الفاعل من عدمه[4] فصعوبة الكشف عن النية أدى إلى الإستعانة بالأفعال وفي ضوئها يمكن تحديد توجه النية إلى الإضرار بالغير من عدمه ولإستخلاص (سوء نية) الفاعل، أي للكشف عن قصد الإضرار بالغير لجأ أهل القانون إلى فكرة الخطأ الجسيم ليكون دليلا عليها، وبالتالي يتخذ كدليل على الخطأ العمد[5].

---

(1) المادة (687)، (85)، (987) و (1000) من القانون المدني العراقي.

(2) لاحظ: د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص26 و ما بعدها، و قد أيده في هذا للرأي د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص69

(3) لاحظ: د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص104 و ما بعدها.

(4) لاحظ: د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص98

(5) لاحظ: د. محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص50

والتبرير المنطقي لهذا التشبيه هو أن هذا الشخص الذي يرتكب من الإهمال والرعونة وعدم الإحتياط أشدها درجة وقدرا فيؤدي سلوكه هذا إلى إلحاق الأذى والضرر بالآخرين يكون من العدل والمنطق أن (نفترض) فيه تعمد الإضرار بالآخرين فطبيعة الأمور تقضي بذلك ، ألا أن هذا الإفتراض هو إفتراض بسيط قابل لإثبات العكس وبالتالي بإستطاعة الفاعل أن يقيم الدليل على أنه لم تكن لديه وقت إرتكاب الفعل نية الإضرار بالغير[1].

ثانيا: (الخطأ غير المغتفر):

يأتي هذا النوع من الخطأ على قمة الأخطاء العمدية فقد وصل الأمر إلى وصفه بالخطأ إستثنائي الجسامة، أما فيما يتعلق بموقعه من بين الأخطاء فهو أقل مرتبة من الخطأ العمدي وأشد من الخطأ الجسيم وأول وروده كان بالمادة (20) من قانون رقم (9) في أبريل سنة (1898)، ولكن دون أن يقوم المشرع بتحديد مدلوله أو معناه القانوني[2] وأعقبه بعد ذلك محاولات عدة لتعريفه وتحديد عناصره[3]، وفي

---

(1) لاحظ: د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص98 و لاحظ خلاف هذا الرأي الذي يرى أن الخطأ العمد لا يفترض بل يجب إثباته لأن الأصل هو حسن النية و من يدعي بوقوع الخطأ العمد يقع عليه عبء الإثبات فلا يعد الخطأ الجسيم قرينة على الخطأ العمد لأن الخطأ الجسيم توقع للضرر و الخطأ العمد إرادة الضرر (د. محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص27).

(2) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص75 (و لا بد من الإشارة إلى أن الخطأ غير المغتفر مصطلح إستحدثه المشرع الفرنسي في قانون إصابات العمل الصادر في سنة (1989)، فجعل رب العمل مسؤولا بقوة القانون عن الحوادث التي تصيب العامل بضرر في أثناء العمل أو بمناسبته، ثم إنتقلت الفكرة إلى قوانين أخرى مثل قانون إصابات العمل الفرنسي الصادر في 30 أكتوبر سنة (1946) و ذلك في الفقرة (1) من المادة (46) مع الفقرة (1) من المادة (56) و قوانين أخرى، لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص(20-23)

(3) حاولت محكمة النقض الفرنسية تعيين عناصر الخطأ غير المغتفر و ذلك في حكمها الذي أصدرتها في عام (1923) بثلاثة عناصر و هي: 1-الصفة الإرادية للفعل أو الترك 2- العلم بالخطر الذي يمكن أن ينتجه الفعل أو الترك 3- تخلف أي عذر يبرر الفعل أو الترك، ولكن في قرار لاحق لها صدر عام (1937) قامت المحكمة بإستبعاد الصفة الإرادية للفعل و الإبقاء على العنصرين الآخرين، (أشار إليه د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص35، هامش رقم (2)).

النهاية إستقرت محكمة النقض الفرنسية على تعريف (الخطأ غير المغتفر) في حكمها الشهير الذي صدر من دوائرها متجمعة بتأريخ (15) تموز، عام (1941) بأنه (خطأ ذو جسامة إستثنائية ناجم عن فعل أو إمتناع إرادي مع إدراك فاعله بخطره، وإنعدام كل سبب يسوغه ويتميز عن الخطأ العمدي بتخلف عنصر القصد فيه)[1].

و قد عبر عنه القضاء الكويتي بعبارة (سوء السلوك الفاحش والمقصود) والذي إتجه الفقه في تحديد المقصود بذلك المدلول إتجاهات متشابهة، فجميعها متفقه على ذلك الصنف من الخطأ الذي تكون درجة جسامته دون العمد إلا أنه في الوقت ذاته أكثر من مجرد خطأ جسيم[2]، أما بخصوص الخصائص التي تميز هذا النوع من الخطأ فهي خمسة وهي كالآتي:

الجسامة الإستثنائية للخطأ:

إن المقصود بالجسامة الإستثنائية ينسحب على الفعل المكون للخطأ وليس على نتائجه بعبارة أخرى ليس خاصا بما ينجم عن الفعل من ضرر فقد يكون الضرر الذي وقع ليس على قدر كبير من الأهمية على الرغم من أن الخطأ ذا جسامة إستثنائية وعلى العكس من ذلك، فقد تكون الإصابة جسيمة ومع ذلك يكون الخطأ مغتفرا، بناءا على ذلك لا يكفي فيه الإهمال البسيط حتى يمكن إعتباره خطأ غير مغتفر على حد تعبير محكمة النقض الفرنسية[3].

---

(1) أشار إليه د. محمد السعيد رشدي، ص37.

(2) محكمة الإستئناف العليا، الدائرة التجارية الأولى، (25) ديسمبر (1971)، قضية رقم (155، 168، 169) لسنة (1967)، أشار إليه د. محمد سعيد رشدي، مرجع سابق، ص40، هامش رقم (2).

(3) لاحظ: د. نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق. ص10.

ويمكن تحديد الصفة الإستثنائية لجسامة الخطأ عن طريق تمحيص الظروف المادية للحادث ويعطي لقاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة لكي يتمكن من إستخلاص العناصر المكونة للخطأ غير المغتفر بطريقة موضوعية قوامها مسلك الرجل المعتاد[1].

وإعتبرت محكمة النقض الفرنسية مخالفة رب العمل لشروط الرقابة اللازمة خطأ إستثنائيا جسيما[2].

الصفة الإرادية للفعل أو الترك :

يمكن القول أن هذا الشرط يمثل الحد الفاصل بين الخطأ الجسيم و(الخطأ غير المغتفر) ، فحتى يوصف الخطأ بأنه غير مغتفر يشترط أن يكون ناتجا عن فعل أو إمتناع إرادي لذلك لا يعتد بالحركة الآلية أو الإندفاع الغريزي الذي لا يتدبره فاعله على خلاف الخطأ الجسيم الذي قد يقع نتيجة إهمال أو عدم إحتياط لم يتدبره فاعله، في حين يجب لتوافر (الخطأ غير المغتفر) أن يكون النشاط الذي يقوم به الفاعل من فعل أو ترك مقبولا لديه دون أن يقصد منه تحقيق الآثار الضارة وإلا كان خطأ عمديا[3]، فبإنتفاء العنصر الإرادي من الفعل أو الترك ينتفي وصف غير المغتفر عن الخطأ[4]، ومع ذلك فإن إشتراكهما في ضرورة توافر الإرادة في إحداثه لا يعني إشتراكهما في عنصر القصد أي نية الإضرار بالغير الذي يكوّن العنصر الآخر للخطأ العمد وحده دون الخطأ غير المغتفر وإلى جانب هذا الفارق يوجد

---

(1) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص45 و د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، المرجع السابق، ص(10-11).

(2) أشار الى ذلك : د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، المرجع السابق . ص10.

(3) لاحظ: د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، المرجع السابق، ص10.

(4) لاحظ: د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، المرجع السابق، ص11 و د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص(45-46).

فارق آخر بين كلا الخطأين يتعلق بعبء الإثبات، ففي (الخطأ غير المغتفر) تعد الصفة الإرادية عنصرا مفترضا في العمل أو الترك وبناءا على ذلك لا يقع على عاتق المضرور عبء إثباتها، بل على الفاعل أن يثبت أن الحادث يرجع إلى سبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه ليستطيع دفع المسؤولية عن نفسه[1].

إدراك الخطر أو العلم به :

يتمثل هذا العنصر بعلم الفاعل بخطورة النتائج التي تترتب على فعله أو إمتناعه، فإذا تخلف عنصر العلم بالخطورة فلا محل لوصف الخطأ بأنه غير مغتفر، ولا يشترط أن يكون مرتكب الخطأ عالما بنتائج الخطر على وجه اليقين لأن ذلك سيجعلنا أمام خطأ عمد، بل يكفي أن يكون مدركا للخطر الذي يمكن أن يترتب على فعله أو إمتناعه، وجاءت هذه الخصيصة كوسيلة للتوسع من دائرة مسؤولية رب العمل الذي قد يتمسك بجهله غير المبرر للتخلص من المسؤولية، ويقاس هذا العلم بمعيار موضوعي لا ذاتي، مما يعني أن مجرد إدراك إمكان وقوعه لا يعد في نظر محكمة النقض الفرنسية خطأ غير مغتفر[2].

إنتفاء كل سبب يبرره:

لكي يوصف فعل أو إمتناع بأنه (خطأ غير مغتفر) ينبغي أن ينطوي على تعد على الأحكام القانونية، فإذا ثبت وجود عذر لدى الفاعل كحالة الضرورة أو الدفاع الشرعي أو تنفيذ أوامر من السلطة المختصة يبرر هذا الفعل أو الترك ينتفي (الخطأ غير المغتفر)[3].

---

(1) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص(46-47)

(2) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص(50-51)

(3) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص(54-56) و د. حسين عامر و عبدالرحيم عامر، مرجع سابق، ص149 و د. نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في ظل المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص11

ونحن نرى أن هذه الخصيصة زائدة أو تحصيل حاصل لأن وجود حالات العذر ينتفي بها كل الأخطاء وليس الخطأ غير المغتفر فقط، فقد نصت التشريعات المدنية المختلفة على حالات لا تمثل تعديا، وهي حالة الضرورة[1]، والدفاع الشرعي[2]، وتنفيذ أمر صادر من رئيس تجب طاعته[3].

إنتفاء القصد من إحداث الضرر:

يكمن في هذا العنصر الفرق بين الخطأ غير المغتفر والخطأ العمد، ففي الخطأ غير المغتفر يجب ألا يقصد الفاعل إحداث الضرر بعكس الخطأ العمد الذي تتجه فيه إرادة الفاعل إلى إحداث الفعل والضرر أيضا، وفي هذا السياق يجب عدم الخلط بين الإرادة والنية، فإذا كانت الإرادة تعد عنصرا من عناصر الخطأ غير المغتفر، فالنية تعد عنصرا في الخطأ العمد، والفقه الفرنسي يفرق بين تعبير الإرادة وتعبير النية، فهما تعبيران غير متطابقين ، بل ويفرق بين التصرف القصدي أو العمدي وبين التصرف الإرادي، فعلى الرغم من وجود التصرف الإرادي في الخطأ غير المغتفر، ألا أنه لا يتوافر فيه قصد إحداث الضرر، وبالتالي فإن ذلك لا يمنع أن نعتبره خطأ غير مغتفر مع أنه كان نتيجة تصرف إرادي، بخلاف الأمر في الخطأ العمد الذي يكون فيه الفاعل عالما بإبعاد نتائجه وتتصرف إرادته نحو تحقيق النتائج الضارة[4].

---

(1) المادتين (213و 214) من القانون المدني العراقي و المادة (168) مدني مصري.

(2) الفقرة الثانية من المادة (212) من القانون المدني العراقي و المادة (166) مدني مصري ، والمادة (262) من القانون المدني الأردني.

(3) المادة (215) من القانون المدني العراقي و المادة (167) مدني مصري.

(4) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص(56-57)

هذا ويلاحظ أن فقهاء القانون منقسمون حول وجود هذا النوع من الخطأ في التشريعات العراقية أم لا فإنقسمت الآراء بشأنه إلى ثلاثة إتجاهات:

الإتجاه الأول: يرى أنه لم يعثر من خلال ما إطلع عليه من التشريعات العراقية المتاحة لديه على تعبير (الخطأ غير المغتفر) لذا يرى من الأنسب أن يلحق بالخطأ الجسيم وأن يعاملا معاملة واحدة[1].

الإتجاه الثاني: يرى أن عبارة سوء السلوك الفاحش والمقصود الواردة في نصوص بعض التشريعات العراقية الخاصة بالتأمين الإجتماعي للعمال بأنه خطأ جسيم، منها نص المادة (58) من قانون التقاعد والضمان الإجتماعي رقم (39) لسنة (1971) والذي جاء فيه أن العامل المصاب لا يستحق تعويضا ولا مكافأة إذا حدثت الإصابة بسبب سوء سلوك فاحش ومقصود من المصاب ويدخل ضمن هذا الحكم إذا ما حلت الإصابة بالعامل وهو تحت تأثير شديد للخمر أو المخدرات أو الإصابة التي تتحققت نتيجة مخالفته وعدم تقييده بالأنظمة والتعليمات الخاصة بالوقاية المعلقة على مقر العمل أو بسبب خطأ فادح منه أو الإعتداء على الغير، ولم يفسروا عبارة (سوء السلوك الفاحش والمقصود) بالخطأ غير المغتفر كما فعل القضاء الكويتي[2]، ويقول بعض الفقهاء [3]بأن (سوء السلوك الفاحش لا يعدو أن يكون الخطأ الجسيم أو الإهمال الفاحش الذي غالبا ما ينتفي العمد فيه عند إرتكابه وهو الذي لا يقوم على إرتكابه شخص متوسط الذكاء واليقظة .

---

(1) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص175.

(2) نقلا عن د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص12

(3) لاحظ: د. محمد نوري خاطر، المرجع السابق، ص12.

أما الإتجاه الثالث يرى أن (الخطأ غير المغتفر) من قبيل الخطأ العمدي وإستدل بالبراهين الآتية:

نصت المادة (34) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969) حيث نصت هذه المادة على أنه (تكون الجريمة عمدية إذا توافر القصد الجرمي لدى فاعلها وتعد الجريمة عمدية كذلك أ- إذا فرض القانون أو الإتفاق واجبا على شخص وإمتنع على أدائه قاصدا إحداث الجريمة التي نشأت مباشرة عن هذا الإمتناع ب- إذا توقع الفاعل نتائج إجرامية لفعله فأقدم عليه قابلا المخاطرة في حدوثه يعد خطأ عمديا)، وهذا يعرف لدى شراح القانون الجنائي بالقصد الإحتمالي، كما لو أجر شخص مركب وهو عالم بأنه حمله أكثر من طاقته، فمن المحتمل جدا غرقه وفعلا غرق المركب، فلا يقصد الجاني فيه حدوث النتيجة وإنما النتيجة متوقعة ومحتملة، وقد يكون الجاني توقعها بالفعل ولو أنه لم يقصدها مباشرة غير أنه لم يحفل بها[1]، لذا عامله المشرع كمرتكب خطأ عمد لكي لا يفلت من العقاب.

أن كلا من القانون المدني الألماني والقانون الإنكليزي إعتبر توقع الخطر وقبول المخاطرة به من قبيل الخطأ العمد في نطاق المسؤولية المدنية، وبالتالي يضيف صاحب الرأي الأخير أن توافر الصفة الإرادية في الخطأ تضفي عليه صفة العمد، فمجرد توقع الفاعل نتائج فعله وقبوله إياها يكون قد إرتكب خطأ عمدا، أي أن الخطأ غير المغتفر ليس إلا هو من قبيل الخطأ العمد[2].

إذن فإن توقع الخطر وتقبل المخاطرة به يعد من قبيل الخطأ العمد ولعل السبب في ذلك يرجع إلى إختلاف الفقهاء في مفهوم الخطأ العمد فإذا أخذنا بالمفهوم الذي يرى في الخطأ العمد، أنه الخطأ الذي يكون الضرر نتيجة له بالضرورة، فلا يكون هناك تقارب بين قبول المخاطر والعمد وعلى العكس من ذلك إذا ما أخذنا بالمفهوم الذي يرى بأن الخطأ العمد يتحقق إذا ما توقع الفاعل إمكانية حدوث الضرر من

---

(1) د. نوري خاطر. مرجع سابق، ص(13-14).

(2) د. نوري خاطر، المرجع السابق، ص15.

الفعل دون إرادته أو تعمد وإحداثه سيؤدي إلى إطلاق صفة الخطأ العمد على قبول المخاطر وذلك حسب نظرية التصور الذي وجد مناصرين لها في ألمانيا وإنكلترا[1].

بقي أن نقول ان مصطلح الخطأ غير المغتفر مصطلح غير دقيق لأنه يوحي بأن بقية الاخطاء الأخرى مغتفرة ، وهذا غير صحيح وهو ان كان يشبه الى حد ما القصد الاحتمالي ، الا أنه خطأ قائم على قصد ارتكاب الفعل وقصد تحقيق ما يمكن توقعه من نتائج لذا فهو ليس احتماليا بل يقوم على قصد غير مباشر ذلك لأن القصد لايمكن أن يكون احتماليا فهو عبارة عن توجيه العزم نحو أمر ما والعزم لايحتمل [2].

ثالثا: الخطأ الإرادي :

لا تظهر فكرة الخطأ الإرادي إلا في (وثائق التأمين) أو (بواليصها) وذلك من أجل إستبعاد هذا النوع من أنواع الخطأ من ضمان المؤمن، ويجب القيام بالتفرقة بين هذا النوع من الخطأ وبين الخطأ العمد والغش أصلا ، بخصوص عقد التأمين لتجنب حدوث أي خلط بينهم، لأن عقد التأمين لا يغطي مخاطر الخطأ العمد أو الغش كما في المادة (1000) من القانون المدني العراقي، وبمقتضاه فإن عقد التأمين يغطي فقط الأخطاء غير العمدية التي يقترفها المستفيد، وبعكسه لا يغطي خطأ المستفيد المتعمد أو غشه.

---

(1) لاحظ: للتعرف على فكرة قبول المخاطر و مدى تشبه قبول المخاطر بالخطأ العمد، اطروحة الدكتور علي عبيد الجيلاوي، رضا المتضرر و أثره في المسؤولية المدنية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، غير منشورة، 1988، ص(276، 285)

(2) للتفاصيل حول هذا الموضوع لاحظ أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص98.

والذي يميز هذا النوع من الخطأ العمدي، هو في أن الخطأ الإرادي يتجه قصد الفاعل فيه إلى إقتراف الفعل نفسه دون أن تكون لديه نية إلحاق الضرر بالغير، فالأضرار الناجمة عن هذا الفعل لم تدخل نية الفاعل أو قصده أو تقديره وإنما حدثت كنتيجة محتملة له.

ويمكن تعريف هذا الخطأ بأنه الخطأ الذي يتخذ صورة تجاوز حدود الثقة المشروعة، أو يظهر بمظهر التهور والجراءة على الحق.

ويترتب على ما تقدم أن الخطأ الإرادي قد يكون خطأ يسيرا بسيطا يتمثل في مجرد الإهمال أو الترك أو الإمتناع، وبالمقابل فقد يشكل الخطأ الجسيم خطأ إراديا إذا ما تبين أن الفاعل لم تكن لديه نية إلحاق الضرر بالآخرين وهو فرض قليل الوقوع في الحياة العملية[1].

رابعا: الخطأ الجسيم :

سبق وأن أشرنا أن نظرية تدرج الخطأ رومانية المنشأ، ومضمون هذه النظرية، أن ما يرتكبه الشخص من خطأ غير متعمد، ينقسم إلى ثلاثة أنواع حسب خطورته، خطأ جسيم لا يرتكبه حتى الشخص المهمل، وهو خطأ يقترب من الغش، والخطأ اليسير، وهو الذي لا يرتكبه الشخص العادي، والخطأ التافه وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص الحريص الحذر[2].

و قاموا بتقسيم العقود تبعا لذلك إلى ثلاثة طوائف: عقد يعقد لمصلحة الدائن وحده كالوديعة، ولا يسأل المدين فيه إلا عن خطئه الجسيم، وعقد يعقد لمصلحة كلا المتعاقدين، ويشمل عقود المفاوضات بصورة عامة، ويسأل المدين فيه عن خطئه

---

(1) لاحظ: د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص(172، 173)

(2) لاحظ: د. سمير عبدالسيد تناغو، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2005، ص173

اليسير، وعقد يعقد لمصلحة المدين وحده، كالعارية، وفيه يسأل المدين حتى عن خطئه التافه[1].

أما بخصوص تحديد علاقة الغش بالخطأ الجسيم فقد إختلف الفقه بشأنه إلى ثلاثة إتجاهات كما يأتي:

الإتجاه الأول: يرى أن الخطأ الجسيم يساوي تماما الغش وذلك إستنادا إلى القاعدة الرومانية التي جعلت من الخطأ الجسيم قرينة قاطعة على الغش، فإذا كان الغش يستند إلى النية والقصد، فإن مجرد علم الشخص بما قد ينتج على مسلكه من ضرر ولو لم يقصد هذا الضرر يكفي للقول بوجود نية الإضرار لديه، وبهذا يتساوى الغش والخطأ الجسيم، ويعزى تبرير ذلك إلى أن الخطأ العمد لا يمكن الكشف عنه إلا بالتحري في نفسية الفاعل، لذا وجد في الخطأ الجسيم قرينة عليه، أي قرينة على سوء نية فاعله وذلك لعدم فسح المجال للذين يعمدون إلى الإضرار بالغير ثم يتسترون بستار سوء التقدير والرعونة أو عدم الخبرة، فلا يسمح لفاعل الضرر أن يدعي البلاهة، وبذلك فإن الخطأ الجسيم تتخذ كوسيلة للإستدلال منه على سوء نية الفاعل وهو بهذا يكون قرينة قاطعة[2].

الإتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الإتجاه أن المساواة بين الغش والخطأ الجسيم في بعض الأحكام القانونية، لا تعني إتحادهما في الطبيعة والصفات وإنما المساواة بينهما في إطار الآثار القانونية، فالخطأ الجسيم ينفصل عن الغش في أنه لا يتضمن قصد الإضرار بالغير، وأن المقياس الذي يقاس به الغش هو مقياس ذاتي عن طريق البحث عن النية مما تجعل مهمة إثباته صعبة، في حين أن الخطأ الجسيم

---

(1) لاحظ: د. سمير عبدالسيد تناغو، المرجع السابق، ص173 و د. عبدالمجيد الحكيم، مرجع سابق، ص406.

(2) عبدالجبار ناجي ملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير: نقلا عن د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص(6-7).

يقاس بمقياس موضوعي مجرد، كما أن الغش في نطاق المسؤولية العقدية يتمثل في رفض التنفيذ في حين أن الخطأ الجسيم يتمثل في تأكيد نية التنفيذ[1].

الإتجاه الثالث: قام أصحاب هذا الإتجاه بجعل الخطأ الجسيم قرينة على سوء نية الفاعل وإرتكابه الغش، فالشخص الذي يرتكب من الإهمال والرعونة وعدم الإحتياط أشدها درجة وقدرا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالآخرين يكون من العدل والمنطق أن (نفترض) فيه تعمد الإضرار، لكي لا يدعي حسن نيته[2].

ومن الإفضل جعل هذه القرينة قضائية وليست قانونية لكي يتخذها القاضي كوسيلة يستهدي بها ويقدر أمرها في كل حالة على حده، لأنه لا تلازم بين الغش والخطأ الجسيم وبالتالي لا يمكن أن تساوي بينهما إلا إذا قرر القانون ذلك بنصوص صريحة[3].

وعلى الرغم من الإنتقادات الموجهة إلى هذا الرأي بإعتبار أنه يجعل من سوء النية الأصل وحسن النية هو الإستثناء، أي بخلاف ما هو مستقر عليه قانونا من أن الأصل حسن النية وعلى المضرور ان يثبت سوء نية مرتكب الخطأ لإثبات تعمده[4].

لكن على الرغم من ذلك لا يمكن أن نسلم بإنقطاع كل صلة بين الخطأ الجسيم وحسن النية، ويعرف الأخير بشكل عام بأنه الإعتقاد لمراعاة كافة الشروط اللازمة لسلامة علاقة قانونية معينة وهي ترتكز على قواعد الإخلاق وعلى الرغم من هذه العمومية التي يتسم بها هذا المبدأ ألا أنها لم تحظ بوضع تحديد دقيق لها من قبل

---

(1) د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص8.

(2) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص(98-161).

(3) لاحظ: د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص161.

(4) لاحظ: د. نوري خاطر، مرجع سابق، ص8.

القوانين[1] وهذا المبدأ يقضي بعدم خرق أي علاقة قانونية تعمدا أو إهمالا وذلك بمقياس الشخص المعتاد، بعبارة أخرى يجب على كل شخص أن يتحلى بحسن النية وأن يتجنب الإضرار بالغير، فالمادة (965) من القانون المدني المصري تعتد بجسامة الخطأ للدلالة على سوء النية فتنص على أنه: (1- يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم).

و يفهم من هذا النص أنه إذا جهل الحائز أنه يعتدي على حق الغير يعد حسن النية، وليس المقصود بالجهل عدم العلم لأن العلم يعني اليقين التام، فيجب أن لا يختلج أي شك في صورة أنه معتدي يعتمد المعيار الذاتي للكشف عن ذلك، إلا أن المشرع المصري لم يقف عند المعيار الذاتي بل إعتد معيارا موضوعيا لتحديد حسن النية، حيث إشترط أن لا يكون هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم، فمن يشتري عقارا من بائع لم يقدم له المستندات المؤيدة للملكية يكون قد إرتكب خطأ جسيما لعدم إطلاعة على هذه المستندات، فيعد حينئذ سيء النية على الرغم من إعتقاده أنه يتعامل مع المالك الحقيقي، لأنه كان عليه أن يقوم بالبحث والتحري عن حقيقة ملكية البائع، وأن يتحلى بقدر من الإنتباه للبحث عن الحقيقة لذا لا يجوز له أن يحتج بحسن نيته[2]، بعكس موقف المشرع العراقي والذي لم يجعل من مرتكب الخطأ الجسيم سيء النية وبالتالي لم يحرمه من ثمار العين التي حازها وذلك في المادة (1165) منه، وكذلك الحال بالنسبة للتملك بالتقادم القصير الذي يتطلب توافر حسن النية، أي أن لا يكون عالما بعيب السند الذي وضع بمقتضاه يده على هذا العقار على إعتبار أنه مالك له وذلك في المادة (1158) منه.

---

(1) لاحظ: د. نوري خاطر، المرجع السابق، ص(15-16) هذا و يلاحظ أن المشرع العراقي قد نص في المادة (150) من القانون المدني على وجوب تنفيذ العقود بحسن نية ، تقابلها المادة (148) من القانون المدني المصري .

(2) لاحظ: د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص162.

ومع ذلك فإن حسن النية يكفي لنفي الخطأ العمد والغش ولكنه غير مؤثر في خطأ الإهمال فمن يتلف مال غيره بإهمال منه لا يجوز له أن يتذرع بحسن نيته ولا يجديه ذلك في دفع مسؤوليته عن هذا الإتلاف[1]، وقد نصت المادة (190) من القانون المدني العراقي على أن (1- إذا أتلف أحد مال غيره على زعم أنه ماله، ضمن ما أتلف 2- أما إذا أتلفه بإذن مالكه فلا يضمن).

ويستخلص من هذا النص أن حسن النية غير مؤثر في نفي الخطأ عن محدث الضرر ولا يعفيه من تعويضه إعتقاد الشخص بأن ما يتلفه هو ماله[2].

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فإنه ساوى بين الغش والخطأ الجسيم في بعض الحالات وفرق بينهما في نصوص أخرى، فمن النصوص التي يخضع كلا من الخطأ الجسيم والغش لحكم واحد، النصوص الآتية:

نص الفقرة (2) من المادة (259) فقد نصت على صحة الإتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية التي تنشأ عن عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدي إلا إذا كان عدم التنفيذ هذا ناشئا عن غشه أو خطأه الجسيم، بعبارة أخرى أن إرتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما يؤثر في بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ولكن أتاحت الفقرة نفسها للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه التعاقدي هذا.

ونصت الفقرة (3) من المادة (170) على أنه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيما).

---

(1) لاحظ: د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص268، و لاحظ: المادة (275) من القانون الأردني و بمقتضاه من يتلف مال غيره يضمن دون أن يسمح له أن يتمسك بحسن نيته. لاحظ بشأنها : د. عبدالقادر الفار ، مرجع سابق ، ص202.

(2) لاحظ: د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل، بغداد، 1981، ص(65-66).

نصت الفقرة (2) من المادة (173) على أنه (يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الإتفاقية إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم.

و لم يقتصر التمسك بالخطأ الجسيم في نطاق المسؤولية العقدية بل تعداه إلى نطاق العمل غير المشروع، وذلك لتحديد مسؤولية الفاعل إذا تعدد المسؤولون في الفقرة (2) من المادة (217) التي تنص على أنه (يرجع من دفع التعويض بأكمله كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي)، ويلاحظ أن هذه المادة خاصة بجسامة الخطأ وحده دون الغش.

على أن ذلك لا يعني عدم قيام المشرع العراقي بالتفرقة بين الغش والخطأ الجسيم، فهناك بعض النصوص التي لا يجوز فيها تشبيه الخطأ الجسيم بالغش ومعاملته معاملة واحدة، مثل:

نص المادة (264) وهي المادة التي تعالج شروط دعوى عدم نفاذ التصرف بما يأتي: (1- إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ التصرف في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطويا على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش...)، ومن الواضح أن المشرع العراقي قد ميز بين ما إذا تم التصرف معاوضة أو تبرعا وهذه الفقرة خاصة بتقرير شرط من شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات عندما يكون التصرف الصادر من المدين المعاوض علمه أن التصرف يؤدي إلى إعساره، أو يلحق الأضرار بدائنيه، فإذا لم يتوافر فيه نية الإضرار بدائنيه فلا سبيل إلى نجاح هذه الدعوى لتخلف شرط من شروطها وبذلك إشترط المشرع الغش لتطبيق حكم هذه المادة ولا يشمل الخطأ الجسيم الصادر من المدين فلا يغني الخطأ الجسيم مهما كانت درجة جسامته عن إشتراط (الغش) أي إنصراف نيته إلى الإضرار بدائنيه، وإن كان المشرع قد جعل مجرد علم المدين

بأنه معسر (قرينة) على إفتراض سوء نيته ووقوع غش منه إلا أنها قرينة بسيطة يجوز له أن يدفعها بجميع طرق الإثبات[1].

خامسا: الخطأ اليسير:

هو الخطأ الذي لا يقترفه شخص معتاد في حرصه وعنايته[2] وهو الشخص الذي إتخذته المادة (1137) من التقنين المدني الفرنسي معيارا عاما مجردا، فيما تحدده من مدى العناية التي توجب على المدين أن يبذلها في الإلتزام بوسيلة مما يقتضي من القاضي إذا ما أراد تقرير مسؤولية هذا المدين أو نفي المسؤولية عنه بأن يتحرى فيما إذا كان هذا المدين قد تصرف كما يتصرف الشخص المعتاد، أم سلك مسلكا مخالفا، أي أدنى من سلوك هذا الشخص العادي[3].

---

(1) المادة (238) من القانون المدني المصري، للتعرف على موقف القوانين المدنية العربية المختلفة من هذا الموضوع لاحظ: د. حسن على الذنون، مرجع سابق، ص166، د. محمد عبدسليمان الحرلحشة، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، دراسة مقارنة في الفقهين الإسلامي و الغربي و القوانين المدنية العربية، مطبعة أجيال، عمان، 2002، ص73 و ما بعدها.

(2) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص(510-511).

(3) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص91، د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص159 و الفقرة (1) من المادة (251) من القانون المدني العراقي و الفقرة (1) من المادة (211) من القانون المدني المصري.

المطلب الثاني

تمييز التعمد والتعدي عن الغش في المعاملات

عرفنا فيما سبق أن التعمد هو إرادة إحداث الفعل والنتيجة معا مع العلم بهما وأن التعدي هو إرادة الفعل وحده دون إرادة النتيجة.

أما الغش فيعرف بأنه عمل يعمد إليه الشخص بقصد الإضرار بحقوق شخص آخر[1]، وعرفه مجمع اللغة العربية بأنه الخروج عن حسن النية في التعامل عمدا[2] وبذلك يختلف عن التدليس في أن الأخير عبارة عن إستعمال الشخص طرق أحتيالية يكون في إثناء التعاقد ويدفع الشخص إلى التعاقد[3] أما الغش فيحصل بعد تكوين العقد كأن يقوم المدين بإضعاف ذمته المالية حتى لا يجد الدائنون فيها شيئا يوقعون عليه الحجز، فالفرق بين الإثنين يكمن في وقت حدوث كل منهما[4]، وفي

---

(1) لاحظ: د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الجزء الثاني، مطبعة نهضة القاهرة، 1954، ص304.

(2) لاحظ: معجم القانون، الصادرة من مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1420هـ- 1999م، ص119.

(3) لاحظ: د. عبدالحي حجازي، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص304، معجم القانون موافق تماما لتعريف الدكتور الحجازي، مرجع سابق، ص69.

(4) لاحظ: د. عبدالحي حجازي، المرجع السابق، ص304، (أما إذا نظرنا إلى الغش من الناحية التأريخية فنشير إلى القانون الروماني و قد كان الرومان يفرقون بين الغش المباح و الغش غير المباح، و الغش المباح يعرف بأنه عبارة عن وسائل الإحتيال و الخداع التي تقع ضد الأجنبي أو العدو، و قد كان مباحا و السبب في ذلك أن القانون الروماني كان لا يقر بأي حق من الحقوق للأعداء، و يعتبر أيضا من هذا القبيل أساليب الإمتناع و الكذب التي تعد من قبيل المهارة في المعاملات -كقيام البائع ببذل ما في وسعه لكي يبرز ما يعرضه في أحسن صورة و إجتهاد المشتري في بخس الثمن، أما الغش غير المباح فهو إستعمال الخداع و الحيلة ضد شخص بقصد إيهامه بأمر غير مطابق للواقع و إيقاع الضرر به، و هذا هو الغش الذي إعتبره البريتور جريمة كالإكراه و عاقب عليه بعد أن أصبح الغش يتنافى مع مبدأ حسن النية و الشرف في المعاملات) ، لمزيد من التفاصيل حول موضوع الغش في القانون الروماني و مدى إشتراطه في الدعوى البوليصية لاحظ: محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ، القانون الروماني، الأموال والإلتزام، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، بغداد ، بدون سنة طبع، ص222 و ما بعدها.

الفقه الإسلامي نرى الكثير من الألفاظ في نطاق المعاملات المالية مثـل (الغـش) و(التدليس) و(التغرير) و(الخداع) و(الحيلة) و(الخلابة) ونحوها وعند التعمق فـي معانيها نجدها جميعا تدور حول معنى واحد، وهو الدلالة على أن فـي التصـرف نوعا من التحايل، وكتمانا للحقيقة أو إضهاره بطريقة ملتوية على غير ما هو عليه، أو إغراء العاقد عليه بإيهامه أن فيه بعض محاسن وفوائد مرغوبة لديه ولكن هـذا لا يدل على أن هذه الألفاظ مترادفة بل لكل واحد منهما معناه الخاص[1] فيعـرف الغش بأنه إظهار الشيء على خلاف واقعه، كإظهار الصفة الجيدة فـي الأعلـى وإخفاء الرديئة في الأدنى، وكمخرج الجيد بالرديء كخلط العسل الصافي والزيت الخالص بغيرهما [2].

وللغش ركنان: معنوي وموضوعي، فالركن المعنوي للغش عبارة عن التضليل توصلا لغرض غير مشروع، بمعنى نية أو قصد الإضرار بـالغير، أمـا الـركن الموضوعي فيتخذ صورة الفعل أو الكتمان وهو بهذا المعنى خطأ عمد والذي هـو ذلك الفعل أو الترك الصادر عن نية سيئة والنية إرادة متجه نحو هدف ما، غير أن الغش يحمل في طياته خرقا شديدا للأخلاق من مجرد الخطأ العمد البسـيط، لـذا فالغش يمثل مرتبة عليا من الخطأ العمد على لرغم من أنه ينطوي تحت إصطلاحه ويعني هذا أن كل غش هو خطأ عمدي أي صورة من صوره، ففي مجال العقد إذا قام أحد المتعاقدين بمخالفة شروط العقد مخالفة صريحة بقصد الإضرار بـالطرف الآخر، فإن فعله هذا يشكل خطأ عمدا، لكن يبقى للدائن الفرصة ليتلافى ما يتعرض له من إضرار، كما في حالة رفض البائع تسليم الصفقة من البضائع التي تم بيعها أو تعمد الوكيل عدم تنفيذ الوكالة مع علم الموكل بذلك أو تعمد الناس عـدم القيـام

---

(1) للتعرف على تعاريف هذه الألفاظ لاحظ: د. علي محي الدين علي القرداغي ، مرجع سابق ، ص(601-670).

(2) لاحظ: دروس في الفقه الإسلامي، ضمن سلسلة العلوم و المعارف الإسلامية، مؤسسة المعارف الإسلامية للثقافية، بدون سنة نشر، ص(190-191).

بعمل، أما الغش فتجد فيه مظاهر مختلفة لأن مرتكبه يغلف مخالفته بالخديعة والمكر فيدفع الدائن إلى قبول التنفيذ بالشكل المعيب الذي تم فيه دون أن تتاح له الفرصة للكشف عن المخالفة، فيتقبل الضرر طائعا، في حين مرتكب الغش يجني ثماره حتما ولو إلى حين[1].

و نستخلص من ذلك أن الفارق بين الغش والخطأ العمد في نطاق العقد، هو أنه يوجد تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش، أما في حالة الخطأ العمد فلا يوجد أي تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش، فالغش يتضمن معنى الغدر وهو يشوب سبب نشوء الحق ويجعله على غير أساس مشروع ، لأن الحق قد فقد ميزته الخلقية والإجتماعية وإنصرف إلى إلحاق الأذى بالمجتمع[2].

و هناك من الفقهاء من يرى أن التفرقة بين الغش والخطأ العمد هو من قبيل تغليب تسمية النوع على تسمية الجنس، وربما هناك أسباب تقف وراء هذا الترجيح، فالمدين في التصرف يضطر في كثير من الأحيان إلى ستر وإخفاء خطأه بإدعاءات تضليلية، كما في إستيلاء الوكيل على مال الموكل، وإدعائه بأن المال قد سرق من حوزته فالغش في كثير من الأحوال يستخدم كأداة يستر خطأ عمد فيبرز وكأنه فعل مشروع، وفي أحيان أخرى يؤدي بحد ذاته أي بشكل مستقل إلى ما يهدف إليه المسؤول من الإضرار بالغير، ويضيف أن كلا من الغش والخطأ العمد له نفس الحكم القانوني إنما الإختلاف بينهما قد يكمن في الوجهة الأخلاقية، فقد ينظر الأخلاق إلى الغش على أنه عمل من أعمال الخبث والمكر وهو أشد وقعا وتأثيرا في النفس من الخطأ العمد غير المقترن بالغش غير أن هذا لا يعني التفرقة بينهما

---

(1) لاحظ: د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص(4-5).

(2) لاحظ: د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص5، (و بخلافه من الفقهاء من يرى أن الخطأ العمد في نطاق الإلتزامات العقدية يعتبر مرادفا للغش) لاحظ: د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص183.

والتشريعات المدنية عندما تستخدم مصطلح الغش إنما تقصد به الخطأ العمد بوجه عام[1].

الا أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، فالقوانين أفردت الغش بحكم خاص دون أن يتعداه للخطأ العمد، وذلك في الحالة التي ينصرف فيها لفظ الغش إلى معنى (التحايل) ففي هذه الحالة تتصرف إرادة الفاعل إلى التهرب من الخضوع لحكم قاعدة قانونية آمرة فإذا إنطوى هذا التحايل على الإضرار بالغير فإنه في الوقت نفسه يعد خطأ عمديا تنهض معه مسؤولية الفاعل، أو يؤدي إلى عدم سريان التصرف وعدم نفاذه في مواجهة من يلحقه ضرر منه كما هو الحال بالنسبة لعدم نفاذ التصرفات القائمة على الغش في مواجهة الدائن[2] فالمشرع العراقي في الفقرة (1) من المادة (264) إشترط توافر الغش في المعاوضات والتبرعات لكي لا يسري التصرف في مواجهة الدائن وهذا يعني أن حكم هذه المادة لا يشمل الخطأ العمد وما دونه.

كما أن هناك حالات يعد فيها الغش خطأ (تدليسيا) لا مجرد خطأ عمدي وذلك عند إقترانه بإستعمال طرق إحتيالية لذلك إختص الغش بأحكام خاصة، رتبه القانون عليه على سبيل المثال: جواز الطعن في الحكم الصادر من محاكم الإستئناف أو من محاكم البداءة ، أو من المحاكم الشرعية، إذا وقع من الخصم الآخر (غش) في الدعوى كان من شأنه التأثير على الحكم الذي صدر فيها[3].

---

(1) لاحظ: د. نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص6.

(2) لاحظ: د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص183 و الفقرة (1) من المادة (264) مدني عراقي والفقرة (1) من المادة (238) من القانون المدني المصري، و للتعرف على محتويات هذه المواد وشروحاتها، لاحظ: د. محمد عبد سليمان الحراحشة، مرجع سابق، ص(73-78)- د. أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، الجزء الثاني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، 2005، ص50 و ما بعدها.

(3) لاحظ: الفقرة (1) من المادة (196) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 و تعديلاته، ففي الفصل الرابع و الخاص بإعادة المحاكمة أجاز الطعن بطريق إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة =

كما وقد يخرج الغش عن نطاق المسؤولية المدنية ليدخل في نطـاق القـانون الدولي الخاص وذلك من خلال القاعدة المعروفة (الغش نحو القانون أو التحايـل على القانون) ففي هذا القانون له مفهومه الخاص وتأثيره الواضح لأنه يؤدي إلـى تغيير في القانون الواجب تطبيقه من خلال محاولة الفرد التوصل إلى أغراض غير مشروعة فيحاول إيجاد قاعدة إسناد جديدة لتطبيق قانون آخر، وأن هذا الشـخص وإن تحايل على القانون الا أن فعله هذا لم يلحق ضررا بأحد، كالمصري الذي يبدل جنسيته بالجنسية العراقية حتى يستطيع التصرف وفقا لقانون جنسية جديد (الـذي يحدد سن الرشد بثماني عشرة سنة بدلا من واحد وعشرين سنة الـذي يشـترطها القانون المصريّ لذلك) فلا مجال مطلقا لبحث مسؤوليته المدنية[1].

نستخلص من ذلك أن الغش يختلف عن التعدي في أن الفاعل في الأخير يريـد إحداث الفعل دون أن تتجه إرادته إلى إحداث النتيجة في حين أن مرتكـب الغـش يريد إحداث الفعل ونتائجه الضارة أيضا وفي هذا يتفق مع التعمـد إلا أن الغـش يختلف مع الأخير في إقترانه بإدعاءات تضليلية وإستعمال طرق إحتيالية للوصول إلى النتيجة المرجوة، فهناك نقطة معينة يقف عندها مرتكب الخطأ العمـد فيوجـه إرادته إلى الإضرار بالغير فقط، أما في الغش فلا نجد أي نقطة توقف فلا يحـاول مرتكبه الإضرار بالغير فقط، بل يحاول أيضا الحصول على مكاسب مالية وتحقيق مصالح شخصية له وبذلك يمكن القول أن الخطأ العمد قد يتجرد من كل طرق خبث ولئم، أي بصورة مبسطة بعكس الغش، فالتعمد هو الخطأ العمد بعينه، ومتـى مـا إقترن بإدعاءات تضليلية نسميه غشا أما بالنسبة للتعدي ففيه يتوجه الفاعـل إلـى إحداث الفعل دون النتيجة وبالتالي لا يمكن أن نقوم بتجريده من كـل نيـة لكنهـا

=من المحاكم التي أشرنا إليها أعلاه في حالة وقوع غش من الطرف الأخر فنص الفقرة الأولى على أنه: (1- إذا وقع من الخصم الآخر غش في الدعوى كان من شأنه التأثير في الحكم).

(1) لاحظ: د. ممدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي و المقارن، الطبعة الثانية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977، ص(337-348)

تختص بإحداث الفعل دون النتيجة وبذلك يمكن القول بتوافق التعدي أو تقاربه مع درجات الخطأ غير العمد إبتداءاً.

و قد يسهل التوصل إلى نية الشخص الذي إرتكب الغش أو الخطأ العمد في نطاق المسؤولية العقدية حيث يعرف كل من الطرفين الآخر إبتداءا وذلك من خلال سلوك المدين وتنفيذه الكلي للإلتزامات التي يرتبها العقد على عاتقه وتقيده بالإلتزام الذي يفرضه القانون من وجوب تنفيذ العقود بحسن النية وطبقا لما إشتمل عليه كما جاء في الفقرة (1) من المادة (150) من القانون المدني العراقي فيمكن للقاضي كلما كان هناك عدم تنفيذ للعقد طبقا لما إشتمل عليه أن يجعل منه قرينة على الغش أو الخطأ العمد، حسب الأحوال، فقد يوجد تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش أما في حالة الخطأ العمد فلا يوجد أي تنفيذ له، وبالتالي يمكن لمرتكب الخطأ العمد أو الغش إثبات حسن نيتهما لنفي المسؤولية عنهما.

أما في نطاق المسؤولية التقصيرية فإن لحظة نشوء الإلتزام أو ميلاده هو لحظة لقاء أشخاص لم تكن تربط بينهم أية رابطة خاصة من قبل، لذلك يجب البحث حسب الإلتزام الذي يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير وجعل الخطأ الجسيم قرينة قضائية على تعمد الفاعل.

الفصل الثالث

تأصيل تضمين اليد القائمة على التعدي والتعمد

نقصد بالتأصيل الأساس الذي يستند عليه نظام ضمان اليد ، وقد قــام الفقهــاء بسرد الأسباب الموجبة للضمان ، وأوضحوا أن وضع اليد قــد يحصــل بطريــق مشروع كما في الاعارة أو الاجارة ، أو قد يحصل بطريق غير مشروع كما فــي الغصب وعلى هذا الأساس تنقسم اليد على ملك الغير الى يد أمانة ويد ضمان ولكل منهما حكما يختلف عن الآخر ، وتمهيدا للوصول إلى ذلك الأســاس نقســم هــذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول الفكرة العامة في تضمين اليد علــى تعمد صاحبها أو تعديه ونقوم في المبحث الثاني بتحديد نطاق التضمين على أساس التعمد و التعدي.

المبحث الأول

الفكرة العامة في تضمين اليد

على أساس تعمد صاحبها أو تعديه

من أجل استكمال الفكرة العامة في تضمين اليد على أساس تعمد صــاحبها أو تعديه ، فقد وجدنا من المناسب تقسيم هذا المبحث الى مطلبين ، نعالج فــي الأول تأصيل حكم وضع اليد واقرار نظام يد الضمان ، ثم نعرج في الثاني لنعالج طبيعة التضمين القائم على التعدي أو التعمد أو على كليهما .

المطلب الأول
تأصيل حكم وضع اليد واقرار نظام يد الضمان

في هذا المطلب نعالج مسألتين مهمتين هما : تأصيل حكم وضع اليد ، واقرار نظام يد الضمان ، ولهذا فاننا سنقسم هذا المطلب الى الفرعين الآتيين .

الفرع الأول
تأصيل حكم وضع اليد

لا شك في أن وضع اليد على ملك الغير من الأسباب الموجبة للضمان والذي إتفق بشأنها الفقهاء المسلمون لكن بشروط وضوابط معينة وقد اختلف الفقهاء المسلمون بشأن التقسيم الذي اتبعوه لأسباب الضمان فمنهم من يرى أن أسباب الضمان هي العقد واليد والإتلاف والحيلولة[1]، وأضاف بعض الفقهاء إليها سببا خامسا وهو التغرير[2] وذهب آخرون إلى أن أسباب الضمان هي العدوان بالمباشرة كالإحراق وهدم الدور والتسبب للإتلاف ووضع اليد التي ليست بمؤتمنة[3] ومن الفقهاء من يراها ثلاثة وهي العقد والإتلاف واليد[4] ومنهم من يضيف على هذه الأسباب الثلاثة إلزام الشارع[5].

---

(1) لاحظ: الامام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية ، المجلد الثاني ، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ص221.

(2) لاحظ: عبدالرحمن إين رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الجيل، لبنان، ط2، 1988، ص(218، 223، 224).

(3) لاحظ: الامام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي، الذخيرة في فروع المالكية ، تحقيق و تعليق أبي اسحاق احمد عبدالرحمن ، الجزء السابع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1422ه ، 2001م ، ص100.

(4) لاحظ: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص63

(5) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص9 و ما بعدها.

إذن، نجد أن وضع اليد هو من بين كل التقسيمات المختلفة التي ذكرناها، فوضع اليد حظي بتنظيم الفقه الإسلامي في كل حالة وجد فيها المال المملوك تحت يد غير مالكه كالولاية والوصاية والعارية والوديعة والغصب والبيع والسرقة وخيانة الأمانة واللقطة والقرابة والشراكة...إلخ، لذلك وردت أحكامه متفرقة في أبــواب متعــددة ونظم شرعية مختلفة[1].

وبناءا على ما تقدم فإذا حاز إنسان مالا قد تكون حيازته هذه ووضع يده عليــه عن ولاية شرعية وقد تكون إعتداءا.

إذا كانت اليد عن ولاية شرعية، فقد تكون حينئذ يدا مؤتمنة، وقد تكون يدا غير مؤتمنة، فصاحب اليد يضمن ما يتلف تحت يده من أموال الناس لأن يده لم تكــن مؤتمنة ولا يغير من هذه الحقيقة كون اليد بإذن المالك.

واليد غير المؤتمنة قد تكون عادية وذلك في حالة ما إذا حازت المال بغير إذن المالك كيد السارق والغاصب، وقد تكون غير عادية حازت المال بإذن مالكه كيــد البائع على المبيع بيعا صحيحا، فإذا هلك المبيع قبل قبض المشتري له تحــت يــد البائع فإنه من ضمان الأخير، أما إذا حصل الهلاك بعد قبض المشتري له فالضمان على المشتري ولا شيء على البائع، وكقبض المبيع بيعا فاسدا وكقبض العــواري والرهون التي يغاب عليها كالحلي والسلاح وأنواع العروض.

واليد المؤتمنة: كيد الوديع في الودائع، وعامل القــراض والمســاقاة وأيــدي الأجراء، وكذلك أيدي الأوصياء على أموال اليتامى، والحكام على ذلك وعلى أموال الغائبين والمجانين ونحوهم، فتوصف يد هؤلاء بأنها يد مؤتمنة، فلا يضمنون هلاك ما تحت أيديهم من أموال إلا بتعديهم أو تقصيرهم في الحفظ[2].

---

(1) لاحظ: د. ليلى عبدالله الحاج سعيد ، مرجع سابق ، ص(1-2)

(2) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص53، د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص(65-66)

وقد ورد في كتابه جل وعلا العديد من الآيات التي تدل على حكم وضع اليد على ملك الغير، فقال سبحانه وتعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل)[1] و في آية أخرى قال تعالى (فإن آمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه)[2] وقال جل شأنه (و الذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون)[3]، وقال تعالى (لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم)[4]، كما أن السنة النبوية الشريفة تحتوي على مجموعة من الأحاديث الصحيحة التي تبين حكم وضع اليد على ملك الغير فالأصل في الضمان بوضع اليد قوله صلى الله عليه وسلم: (على اليد ما أخذت حتى تؤدِّيَه)[5].

وقد شرح هذا الحديث الصنعاني بقوله، و(الحديث دليل على وجوب رد ما قبضه المرء وهو ملك لغيره، ولا تبرأ ذمته إلا بإعادته إلى مالكه أو من يقوم مقامه لقوله (حتى تؤديه) ولا تتحقق التأدية إلا بذلك، فسواء حصل قبض المال بسبب مشروع أم غير مشروع فإنه واجب الرد بعبارة أخرى سواء كانت اليد أمينة أم كانت اليد ضامنة، فلا فرق بينهما في وجوب رد ما قبضه المرء من مال غيره)[6].

---

(1) النساء، 58.

(2) البقرة، 283.

(3) المعارج، 32.

(4) الأنفال، 27.

(5) أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني الشهير بـ(ابن ماجة)، سنن بن ماجة، حكم على أحاديثه و آثاره وعلق عليه العلامة المحدث محمد ناصرالدين الألباني، إعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرياض، حديث رقم (2430) ، ص409 ، الامام الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، بلوغ المرام من أدلة الاحكام ، شرح و مرلجعة مكتب الدراسات والبحوث الاسلامية ، باشراف الشيخ ابراهيم محمد رمضان ، دار القلم ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع ص205. لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (279) من القانون المدني الأردني.

(6) لاحظ: الشيخ الامام محمد بن لسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، طبعة جديدة و منقحة ومصححة قدم لها محمد عبدالرحمن المرعشلي ، اعدها مكتب للتحقيق بدار احياء التراث العربي ، قام بفهرستها رياض عبدالله عبدالهادي ، الطبعة الثانية ، ج3، بدون سنة طبع ، ص65.

و مما سبق ذكره يتضح لنا شمولية أحكام ضمان اليد في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة بحيث يتسع نطاقه لجميع حالات اليد على ملك الغير، حيث يستوي في ذلك اليد على المال العام أو على المال الخاص، ويستوي أن تكون اليد ذات ولاية عامة أو ولاية خاصة ويستوي أن يكون وضعها بطريق مشروع أو غير مشروع فجعلت الشريعة الإسلامية من وضع اليد على ملك الغير نظاما واسعا يشمل جميع الأموال ولا يقتصر على المال الخاص الذي ينظم القانون المدني أحكامه كما يشمل جميع الأيدي للشخص الطبيعي والمعنوي، والعام والخاص[1].

(1) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص(49-50).

الفرع الثاني
إقرار نظام يد الضمان

تطلق كلمة الضمان في اللغة ويراد بها معان عدة، أن ضمان اليد هو الأثر المترتب على وضع اليد على ملك الغير، إذن ولغرض التوصل إلى إقرار نظام يد الضمان يقتضي الأمر منا بيان مفهوم اليد ومفهوم الضمان، قالت العرب: ضمن الشيء، وبه ضمناً وضماناً، أي كفل به، وهو ضامن وضمين أي كافل وكفيل[1].

ويقال: الضمين الكفيل، ضَمِنَ الشيء وبه ضَمْناً وضَمَاناً: كفل به وضَمَّنَه إياه: كَفَّلَه[2].

وبشكل عام إن كلمة (ضَمِنَ) تدور حول معانٍ عدة يمكن حصرها بالآتي:

الكفالة: يقال ضمن الرجل ما على أخيه من دين أي تكفله.

الحفظ والرعاية: يقال ضمن الشيء أي حفظه.

التضمين: يقال ضمن الوعاء الشيء بمعنى شغل الشيء بغيره، وإشتماله عليه، وإحرازه فيه، ومنه شغل الذمة بما للدائن من حق.

العزم: يقال ضمنته الشيء تضمينا فتضمنه، أي عزمته فإلتزم بالأداء.

الإلتزام: يقال ضمنت المال إلتزمت، وضمان الدرك إلتزام البائع برد الثمن إلى المشتري عند إستحقاق المبيع.

الجزم بخلو الشيء من العيوب.

أما في إصطلاح الفقهاء المسلمين فقد أوردوا له معان عديدة لا بد من معرفتها لأن معظم القوانين المدنية إستخدمت مصطلح الضمان للتعبير به عن معنى معين من تلك المعاني التي حددها الفقه الإسلامي[1].

---

(1) لاحظ: الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص343.

(2) لاحظ: إبن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، نشر أدب الحوزة، قم-إيران، 1405هـ، ص257، باب ضمن.

فالضمان يستخدم للدلالة على معانٍ ثلاثة هي:[2]

أ- يقصد بها الكفالة، أي ضم ذمة إلى ذمة أخرى، بمعنى أن هذا المعنى الإصطلاحي يتطابق مع المعنى اللغوي للضمان، وإرادة تعني الكفالة بالضمان هو أخص إطلاقاته[3].

ب-الضمان مقصود به الأداء، أو إعطاء تعويض معين نتيجة ما لحق الشخص من أضرار، فقد عرفه بعض الفقهاء[4]، بأنه: (الإلتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بنفس الإنسانية)، ومن الملاحظ على هذا التعريف أنه يتوسع في دائرة الضمان فلا يقصره على التعويض عن إتلاف المال أو ضياع المنافع فحسب، بل يشمل الضرر الذي يحصل على نفس الإنسانية فيدخل في دائرته المسؤولية القانونية (المدنية والجنائية) على حد سواء[5].

ج- الضمان بمعنى شغل الذمة، وهذا هو المعنى الواسع للضمان، وقد عرفه أحد الفقهاء المحدثين[6] بهذا المعنى: (الضمان هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه)،

---

(1) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق، ص29.

(2) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص5 و ما بعدها.

(3) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص57.

(4) لاحظ: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص15.

(5) و يلاحظ أن هذا التعريف منتقد من قبل بعض الفقهاء فمثلا أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد قد إنتقده على أساس أن هناك فرق بين المسؤولية من جهة و الضمان من جهة أخرى للتفصيل أكثر لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، المدخل لدراسة الضمان، ط1، دار و مكتبة الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص29 و ما بعدها، و قد إنتقد التعريف أيضا على أساس أنه حصر الضمان بوصفه أثرا للمسؤولية المدنية العقدية و غير العقدية (لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص13).

(6) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص5.

التعريف يشمل بالإضافة إلى المعنيين السابقين الإلتزام الناشيء عن التصرفات القانونية على عاتق احد أو كلا طرفيها بحيث أنه متى ما أخل بهـــذا الإلتـــزام نهضت مسؤوليته التعاقدية والتي تسمى بضمان العقد في بعض المواضـــع[1]، وكذلك يشمل المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الأعمال غير المشروعة وكذلك الضمان الناشيء في الذمة عن الفعل النافع، وبنص القانون[2]، وهو بهذا المعنى يقترب من مفهوم الإلتزام في القوانين المدنية[3].

وقد ورد مصطلح الضمان في الكثير من نصوص القانونيـــة [4]، ألا أن نـــص المادة (416) من مجلة الأحكام العدلية قد عرفته بأنه (إعطاء مثل الشيء إن كـــان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات) وهذا التعريف قد عرف الضمان بمعنـــى التعويض ويدخل ضمن المعنى الثاني والذي نقصده، فنحن نقصد به التعويض الذي

---

(1) أطلق القانون المدني العراقي على المسؤولية التعاقدية بمصطلح (ضمان العقد)، لاحظ الفقرة (3) من الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني العراقي و تشمل المواد (168-176).

(2) و على ضوء شمولية تعريف الشيخ علي الخفيف أورد أحد الفقهاء تعريفا موافقا لهذا التعريف في محتواه مضيفا إليه ما يجعل من التعريف أكثر خصوصية فقد عرفه بأنه (شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل عند تحقق أحد أسبابه و إجتماع شروطه دون أن يكون هناك مانع يحول دون ترتيب آثاره القانونية)، للتفصيل أكثر و لشرح التعريف و معرفة مبررات و وجهة نظر واضحة لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، المدخل لدراسة الضمان، مرجع سابق، ص(9-11).

(3) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص14 و أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص29.

(4) لاحظ: مثلا القانون المدني العراقي الذي ورد فيه كلمة الضمان في مواقع عديدة كما في الضمان الناشيء عن العمل غير المشروع كالغصب و الإتلاف و نظم أحكامها في المواد (186-201، 134) وإستعمل فيهم مصطلحات مشتقة من الضمان، و نص عليه في مواد أخرى متفرقة أيضا مثل مواد (370، 550، 553، 556، 1/570، 2/753، 1/758، 870، 872، 371، 2/549، 559)، و المشرع المصري في المواد (439، 440، 446، 447، 454، 455، 308، 311) ، و المشرع الأردني إستخدم المصطلح في المواد (256-269، 503، 520) و خصوصا المادة (1085) منه الذي أقر فيه بقاعدة كسب الملكية بالضمان و المواد (275-278) مدني أردني.

سيدفعه صاحب يد الضمان سواء كان برد المثل في المثليات أو قيمته في القيميات، ويدخل هذا المعنى ضمن تعريف شغل الذمة أيضا لأنه تعريف متصف بعموميته وشموليته.

أما اليد في اللغة، الكف، وقيل أن اليد من أطراف الأصابع إلى الكف، وجمع اليد أيد، وأكثر ما تستعمل الأيادي في لغة العرب في النعم لا في الأعضاء[1].

ولكي تكون اليد ضامنة لا بد من أن تكون حائزة لمال ما، فتعني اليد على شيء ما قبضه وحيازته، والحيازة مصدر من حوز، وكل من ضم شيئا إلى نفسه فقد حازه، واحتازه، ويحوزه اذا قبضه وملكه واستبد به[2].

واليد على الشيء يعني الإحراز، والإحراز لغة من أحرز الشيء إذا حفظه وضمه إليه وصانه عن الأخذ، والحوز بالكسر الموقع الحصين، يقال هو في حرز لا يوصل إليه[3].

أما اليد في اصطلاح الفقهاء مطلق الحيازة في اللغة، والإستيلاء على الشيء، سواء أكان في نطاق الإعتبار الشرعي، أو العرفي، أو كان خارجا عنه، والسيطرة بنوعيها المادي والمعنوي يتحقق به الإستيلاء عندهم[4].

---

(1) لاحظ: العلامة ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الخامس عشر، نشر أدب الحوزة، ايران. 1405هـ، باب يدي، ص419.

(2) لاحظ : الامام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث والأثر ، تحقيق الشيخ خليل مأمون شيخا ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان . 1427هـ ،2006م، ص429.

(3) لاحظ: الامام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث والأثر ، تحقيق الشيخ خليل مأمون شيخا ، المجلد الثاني ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت، لبنان . 1427هـ ،2006م، ص926-927.

(4) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، ضمان اليد و المسؤولية التقصيرية، دراسة في الفقه الإسلامي و القانون المدني. بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون-جامعة الموصل، العدد التاسع، أيلول2001، ص 8، 9.

فيقصدون باليد وضعها على شيء معين، أي الحيازة، والأصل عند الفقهاء أن يكون واضع اليد على الشيء مالكا له، بهذا الصدد عرف فقهاء المالكية الحيازة بأنها (وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغراس، والهدم وغيره من وجوه التصرف[1].

و يذهب أحد الفقهاء الى أن (الحيازة هي وضع اليد على الشيء والإستيلاء عليه، والتصرف يكون بواحدة من أمور، سكنى، أو إسكانه، أو زرع، أو غرس، أو بيع، أو هدم، أو بناء، أو قطع شجرة، أو عتق، أو كتابة)[2]، والملاحظ على هذه التعاريف يستدرك أن الفقه الإسلامي قد رتب على وضع اليد أثرا على درجة كبيرة من الأهمية وهو يجعله دليلا على الملك فأعطى لوضع اليد دورا في تحديد مراكز الخصوم فيما يتعلق بعبء الإثبات، فجعل الحائز في مركز المدعى عليه، بعبارة أخرى هي كالبينة للحائز في مركز المدعى على أساس أنه المالك.

إذن، عد الفقهاء المسلمون الحيازة أعم من الملك لأنه يشمله ويشمل غيره وعلى هذا الأساس يقومون بالتفرقة بين الحائز المالك والحائز غير المالك الذي تقتصر حيازته على السيطرة المادية على الشيء المحوز دون إدعاء ملكيته[3]، وهناك تقسيمات مختلفة وكثيرة للفقهاء المسلمين لليد[4] لكن صفوة القول أن الفقهاء

---

(1) لاحظ: العدوي، حاشيته على رسالة إبن أبي زيد القيرواني، ج2، ص262، أشارت إليه الدكتورة ليلى عبدالله سعيد في كتابها النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص20.

(2) لاحظ: الامام العلامة شهاب الدين أبي العباس احمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي ، الفروق ، وبهامش الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية ، الجزء الرابع ، عالم الكتب ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص106و107و130.

(3) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، ضمان اليد و المسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص10.

(4) فقد قسم القرافي اليد إلى يد مؤتمنة و يد غير مؤتمنة لاحظ بشأنها الامام العلامة شهاب الدين أبي العباس احمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي ، الفروق ، وبهامش الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية ، الجزء الثاني ، عالم الكتب ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص206-208. ، و إبن رجب الحنبلي قسم الأيدي إلى ثلاثة: 1- يد يتمكن أن يثبت بإستيلائها الملك وينتفي عنها الضمان سواء أحصل الملك فيه أم لم يحصل و صور هذه الحالة كالآتي: -

المسلمين يقسمون اليد من حيث وضعها على الشيء المملوك إلى ثلاثة أنواع: يـد المالك، يد الأمانة ويد الضمان، فاليد قد تكون يد ملك، وهو الأصل في كل وضع يد لأن المالك عادة يضع يده على ما يملكه[1] ويتوافر لها سبب من أسـباب الملـك، كالشراء والهبة، والوصية والإرث. أما إذا وضع الشخص يده على ملك غيره، فاليد هنا قد تكون يد أمانة أو يد ضمان ولا مجال لورود هذين الوصفين الأخيـرين إلا في حالة وضع الشخص يده على شيء مملوك لغيره، فإذا كان هذا الواضع مأذونا فيه فلا ضمان، إلا إذا وجد نص شرعي، أو قام واضع اليد بالتعدي على ما تحـت يده، أما الوضع بدون إذن فيترتب عليه الضمان[2]، وهذا التقسيم الذي أتبعه بعض الفقهاء لليد على المال مطابق قد أخذ بتقسيم الحنفية لليد[3].

=أ- إستيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب، و كذلك إستيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين فإنهم يملكونها على المشهور عند الحنابلة، فلا ضمان عليهم فينتفي الضمان فيما لا يقبل الملك. ب- إستيلاء الأب على مال الإبن، فإذا كان على غير وجه التملك فلا ضمان عليه و لو أتلفه على أصح الوجهين عندهم. 2- يد لا يثبت لها الملك بالإستيلاء و ينتفي عنها الضمان و هي على ثلاث صور هي: أ- من له ولاية شرعية بالقبض كالوصي على مال القاصر. ب- من قبض المال لحفظه على المالك كواجد اللقطة. ج- إذا قام الإمام بإتلاف مولد تعود للبغاة حال الحرب فلا ضمان عليهم. 3- اليد التي يترتب و جماعته عليها الضمان أي اليد العادية كيد السارق و الغاصب و نحوهما (إبن رجب الحنبلي، القواعد، ص200 وما بعدها) و قد قسم السيوطي اليد من حيث وضعها علي ملك الغير إلى قسمين: القسم الأول: يد مؤتمنة في الأصل و تتحول بتعديها إلى يد ضمان كيد الوديع، و الشريك، و الوكيل، و المقارض، و القسم الثاني، يد غير مؤتمنة بمعنى إنها يد ضمان في الأصل، كيد الغاصب و المستعير، و يد المشتري شراءا فاسدا، (لاحظ: السيوطي، الأشباه و النظائر، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص221).

(1) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص82 و د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص24.

(2) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الدراسات، تصدر عن عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، مجلد 23، العدد (1)، 1996، ص14.

(3) فقد قسم فقهاء الحنفية اليد إلى 1- يد ملك: و تعني أن يكون واضع اليد على المال مالكا له بأحد أسباب التملك الثلاثة و هي: العقد، و الخلافة بالميراث، و إحراز الشيء المباح، 2- يد أمانة: و تعني وضع اليد على مال غيره نيابة عن صاحبه، 3- يد ضمان و تعني إستيلاء الشخص على مال غيره دون=

و في ضوء ما ذكرناه سابقا ومن خلال إستعراضنا لمفهوم الضمان ومفهوم اليد يتضح لنا أنه لا يمكن أن نجعل من اليد سببا للضمان في جميع الأحوال، فقد تكون يد أمانة وقد تكون يد ضمان، وتصنف اليد من حيث الضمان من عدمه إلى يد أمانة ويد ضمان.

و قد حاول بعض الفقهاء التصدي لتعريف يد الأمانة فعرف بأنه ما كانت عن ولاية شرعية ولم تكن لمصلحة صاحبها خاصة[1] أو بأنها ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها[2]، ويلاحظ على التعريف الأول توافقه مع تعريف الحنابلة والشافعية فقد ذهبوا إلى أن يد الأمانة ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يكن الوضع لمصلحة صاحب اليد[3]، وقد جعلوا الأصل في اليد على ملك الغير يد ضمان، فالمستعير يبغي من وراء وضع يده على ملك غيره تحقيق مصلحة خاصة لنفسه لذا فيده عند الحنابلة والشافعية يد ضمان، ولا تنقلب هذه اليد إلى يد أمانة إلا بوجود ولاية شرعية، أي بوجود سبب، شرعي يدعو إلى ذلك أو إذن المالك[4].

بينما يلاحظ توافق التعريف الثاني مع تعريف فقهاء الحنفية ليد الأمانة فقد عرفوه بأنها (تلك التي لا تستوجب ضمان القابض لما تحت يده)[5]، بحيث جعلوا

=إذن من مالكه أو الشرع و بنية تملكه، (لاحظ: الامام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بإبن الهمام الحنفي ، شرح الفتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ، لشيخ الاسلام برهان الدين على بن أبي بكر المرغيناني ، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ عبدالرزاق غالب المهدي ، المجلد السابع ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1424ه ، 2003م ، ص428-429.

(1) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص56.

(2) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص103.

(3) لاحظ: ابن رجب، القواعد ، مرجع سابق ، ص56.

(4) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص25.

(5) لاحظ: الامام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بإبن الهمام الحنفي ، المجلد السابع ، مرجع سابق ، ص428-429.

الأصل في اليد يد أمانة ولا تتحول إلى يد ضمان إلا بمسوغ شرعي[1]، ولا شك في أن تعريف الحنفية أقرب إلى المنطق ويفضل على تعريف الشافعية والحنابلة، والسبب يعود في ذلك إلى أنهم إتخذوا من وجود الدليل على الضمان أو عدم وجوده ضابطا لمعرفة صفة يد الشخص بأنها يد أمانة أم يد ضمان[2].

و ليد الأمانة أمثلة كثيرة كيد الوديعة ويد الوكيل بالقبض ويد الشريك ويد المضارب ويد المستعير على خلاف ذلك فهي يد أمانة عند الحنفية والمالكية ويد ضمان عند الشافعية والحنابلة ويد الملتقط إذا إلتقطها وهو عازم على ردها لصاحبها، أما إذا إستولى عليه بنية تملكه ولم يكن في نيته رده لمالكه فحينئذ تكون يده يد ضمان، ويد المرتهن على الرهن عند الشافعية والحنابلة أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن يد المرتهن تعتبر يد أمانة على ما لا يقابل الدين من الرهن إذ لا معاوضة بالنسبة إليه، ويد ضمان على ما يقابل الدين منه.

و إذا ألقت الريح ثوبا في حجر إنسان أو في داره تعد يده يد أمانة فهؤلاء أمناء على تلك الأموال ومأذون لهم في ذلك من الشارع ما لم يقع منهم إعتداء أو تقصير تحول يدهم إلى يد ضمان[3].

أما بخصوص مفهوم يد الضمان فقد إختلف الفقهاء المسلمون فيه أيضا فذهب الحنفية[4] إلى أنها ما إستوجبت ضمان صاحب اليد لما تحت يده، وذهب الحنابلة

---

(1) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد. يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص15.

(2) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد. المرجع السابق. ص16.

(3) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد. يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص(16-17) ، د. محمد سليمان الأحمد، مرجع سابق، ص56.

(4) لاحظ: الامام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بإبن الهمام الحنفي ، شرح الفتح القدير،المجلد السابع . مرجع سابق . ص429.

والشافعية[1] إلى أنها ما وضعت على الشيء بدون إذن صاحبه أو ولاية شرعية ولم تكن لمنفعته.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أنها اليد التي توضع على المال عينا أو منفعة بغير ولاية مع القصد إليه[2]، والملاحظ على تعريف المالكية أنهم أعطوا مفهوما مختلفا ليد الضمان لأنهم جعلوه تابعا للقصد وقسموه على ضمان للذات وضمان للمنفعة، وبناءا على ذلك فإذا قام شخص بالإستيلاء على ملك الغير بنية الإنتفاع به فقط دون قصد تملكه يضمن مقابل تلك المنفعة فقط دون أن يكون ضامنا لذات الشيء في حالة الهلاك، فالغاصب مثلا إذا قصد بغصبه الإنتفاع بالمغصوب فقط دون أن يكون لديه نية تملكه يكون غير متعد بوضع يده على ذات المال، بحيث إذا هلك المال بسبب أجنبي دون تعد أو تقصير من واضع اليد فإنه يضمن للمغصوب منه بقدر الأجرة التي تقابل المنفعة والتي فوتها عليه، عندها فإن يده يد أمانة وليست يد ضمان، أما إذا قصد التملك فإنه يضمنه في حالة الهلاك الكلي للشيء، أما إذا كان الهلاك جزئيا فإنه يضمن على إختلاف في ذلك بين الفقهاء المسلمين[3].

---

(1) لاحظ: حجة الاسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه مذهب الامام الشافعي ، قدم له و ضبطه طارق فتحي السيد ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1425ه ، 2004م ص198.

(2) لاحظ: العالم العلامة الشيخ محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، لشيخ أبي البركات سيد احمد بن محمد العدوي ، الشهير بالدردير ، وبالهامش تقريرات العلامة المحقق محمد بن احمد بن محمد الملقب بعليش ، خرج آياته و أحاديثه ، محمد عبدالله شاهين ، المجلد الخامس ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1424ه ، 2003م ، ص157-159.

(3) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص29-31 و لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص592- 594 (بشأن إختلاف الفقهاء المسلمين حول التلف الجزئي أو التغيير الكلي و ما يحدث في الشيء من نقصان في القيمة).

ولا شك في أن هذا الإتجاه هو إتجاه منتقد لأن القصد أمر خفي كامن في النفس غير منضبط، يتعذر الوقوف عليه أو تحديده، بحيث:

يفسح المجال للغاصب أن يدعي أنه قصد بوضع يده على ملك غيره لغرض الإنتفاع به فقط، في حين يكون قصده الحقيقي غير ذلك، وقد لا يتمكن المالك من تحديد ذلك القصد.

لا يمكن القبول بالتفرقة بين الذات والمنفعة، لأن كليهما ملازم للآخر، فمن خلال الإستيلاء على ذات الشيء يستطيع الشخص الحصول على منافعه، فالغاصب الذي يقصد الإستيلاء على ذات الشيء دون منفعته يفوت المنفعة على المغصوب منه وذلك لعدم تمكن الأخير من الإنتفاع بملكه فقد حال وجود المال في يد الغاصب بين المالك وإنتفاعه به، ثم لماذا ننظر إلى جانب المتعدي الغاصب وننظم الأحكام تبعا لقصده في الوقت الذي نتناسى فيه جانب المتعدي عليه المالك مع أنه أولى بالمراعاة، إذن يجب النظر إلى ذات الشيء ومنفعته نظرة واحدة وعدم التفرقة بينهما فيما يتعلق بضمانهما ويجب أن نغض النظر عن القصد ونية الشخص الذي إستولى على ملك غيره وأن نضمنه الشيء ذاتا ومنفعة[1].

و إذا إنتقلنا إلى نطاق القانون نجد أن المشرع العراقي قد سلك مسلك الفقه الإسلامي فيما يتعلق بتنظيم اليد على ملك الغير فحدد مفهوم كل من اليدين وذلك في الفقرة (1) من المادة (427) منه، حيث نصت على أنه: (تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل بإعتباره نائبا عن المالك)[2].

---

(1) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص20.

(2) و قد نقل المشرع القطري هذا النص إلى قانونه الخاص بالمواد المدنية و التجارية رقم (7) لسنة 1974، و ذلك في المادة (193) منه.

أما بخصوص نص المادة (427) الذي عرف كل من يد الأمانة ويد الضمان يتبين لنا أن المشرع قد أخذ بما ذهب إليه جمهور الحنفية[1]، وقد إفترض المشرع أن الأصل في اليد على ملك الغير أنها يد أمانة إلا إذا إستوجب القانون ضمانها، بعبارة أخرى أن مصدر يد الضمان هو القانون لأنها إستثناء على الأصل[2]، ومما يؤخذ على هذا التعريف إعتماد المشرع على عنصر النية أي القصد للتمييز بين يد الأمانة ويد الضمان، وهي إحدى المواضع التي يلعب فيها القصد المدني دوره، فإنتفاء قصد التملك لدى واضع اليد على ملك الغير يجعل منه أمينا ويده يد أمانة، أما إذا حاز الشيء بقصد تملكه فيده يد ضمان، والنية أمر كامن في النفس ويفتقر إلى التحديد لصعوبة إثباته فضلا عن أن إشتراط القانون في صاحب يد الضمان قصد التملك قد يساهم في تخلص صاحب اليد من ضمان الشيء وتعويض الضرر، وذلك لعدم إمكانية الوقوف على قصد التملك بسهولة فقد يدعي الشخص الذي يستولي على مال ضائع أن نيته كان إرجاع المال إلى صاحبه، بينما قد يكون قصده الحقيقي تملك ذلك المال[3] وكان الأجدر بالمشرع العراقي ترك أمر تعريف كل من يد الأمانة ويد الضمان إلى الفقه ليتولوا ذلك.

و قد أخذ المشرع العراقي تعريف يد الضمان من الفقه المالكي وقد حدد يد الضمان على ضوء نية التملك[4].

---

(1) لاحظ: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص174، هامش رقم (377) و الذي إعتمد بدوره لتعريف كل من يد الأمانة و الضمان على ما أورده التقنين المدني العراقي في المادة (427) و د. ليلى عبدالله سعيد، يد الأمانة و يد الضمان، مرجع سابق، ص21.

(2) أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة الموصل، المجلد(1)، السنة الثامنة، العدد (17)، سنة (2003)، ص80.

(3) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، يد الأمانة و يد الضمان، مرجع سابق، ص(17، 18، 20).

(4) نقلا عن : أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، تحول اليد في القانون المدني، بحث منشور في مجلة القانون و السياسة، تصدر عن كلية القانون و السياسة، جامعة صلاح الدين، السنة الثالثة، العدد (3)، كانون الأول، 2005، ص268.

و من خلال خلاصة وموازنة لكل الآراء والتعاريف التي إستعرضناها سواء بالنسبة للفقه الإسلامي أو بالنسبة لموقف القانون المدني العراقي فيما يتعلق بكل من يد الأمانة ويد الضمان ممكن أن تعرف أنواع اليد على ملك الغير كما يأتي:

1- يد الملك: هي كل يد يتوافر لصاحبها سلطات حق الملكية من إستعمال وإستغلال وتصرف وفق قواعد القانون.

2- يد الأمانة: هي كل يد على شيء يحوزه صاحب اليد بإعتباره نائبا عن مالك الشيء.

3- يد الضمان: هي كل يد على ملك الغير يستخدم صاحبها سلطات المالك عليه دون مسوغ قانوني أو شرعي(1).

و بذلك يكون المشرع العراقي (2) قد أخذ من الفقه الإسلامي بمفهوم ضمان اليد وعلى غراره قام ببيان مفهوم يد الضمان وهي كل يد يحوز صاحبها المال المملوك للغير بنية تملكه، ويد الأمانة التي تحوز المال المملوك بوصفه نائبا عن المالك.

---

(1) أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص83.

(2) أخذ المشرع القطري بمفهوم يد الأمانة و يد الضمان و حكم وضع اليد من القانون المدني العراقي، فالمواد (192-193-194) جاءت مطابقة تماما للمواد (426-427-428) مدني عراقي.

المطلب الثاني
طبيعة التضمين القائم على التعدي أو التعمد أو على كليهما

ان معالجتنا لطبيعة التضمين المستند على التعدي أو التعمد تتمثل في نقطة مهمة تجدر الإشارة إليها وهي أن وضع اليد قد يكون إبتداءا بطريق مشروع بعبارة أخرى يكون الشخص مأذونا له في وضع يده ولا ينسب إليه أي تعدٍ أو تعمد في وضع يده على مال الغير إلا أن هناك ما يدل على ضمانه لما يتلفه تحت يده من مال مملوك للغير، وذلك في بعض الحالات فقد يتأتى وضع اليد نتيجة عقد مبرم بين المالك وواضع اليد كعقد الوديعة والعارية والبيع والإجارة والرهن الحيازي، وبذلك يكون سبب وضع اليد فيه مشروعا، وعلى الرغم من ذلك نجد أن الشارع قد أوجب الضمان فيه ومثال ذلك ما إتفق عليه الفقهاء المسلمون من ضمان البائع للمبيع إذا حبسه تحت يده بعد تمام البيع إلى أن يؤدي إليه المشتري ثمن الحال وضمان المشتري للمبيع عند إشتراط الخيار له، وأخذ اللقطة على سبيل التملك[1] فأذِنَ الشارع لهؤلاء لوضع يدهم في البيع واللقطة ألا أن ذلك لا يعفيهم من الضمان، فعند هلاك كل المبيع أو بعضه في يد البائع قبل تسليمه للمشتري، فيهلك على البائع ويضمنه، ويستوي في ذلك أن يكون الهلاك بفعل البائع أو بسبب أجنبي لا دخل للبائع فيه، وينفسخ البيع ويجب على البائع رد الثمن للمشتري إن كان قد تسلمه[2]، فعلى الرغم من حسن نية البائع الا أنه ضامن لما يتلف تحت يده ولو لم يصدر عنه أي إعتداء على حق الغير.

وقد يكون وضع يد الضمان إبتداءا بطريق غير مشروع كما لو جاء وضع اليد على مال الغير نتيجة السرقة أو الغصب، فسبب نشوء الضمان أو طبيعة الأسباب المفضية للضمان والتي تتسم بكونها تتمثل في أعمال غير مشروعة تجعل غالبا من

---

(1) سنتناول اللقطة كإحدى تطبيقات يد الضمان، و ذلك في الفصل الرابع من هذه الرسالة إن شاء الله، فنحيل إلى هناك.

(2) لاحظ: الشيخ على الخفيف، المعاملات، مرجع سابق ، ص(440-445).

الضامن سيء النية لأنه قد وضع يده عليه وجعله في حيازته بنية تملكه، وتوصف هذه النية بأنها نية سيئة، بعبارة أخرى فهي قصد مدني سيء، وذلك لتوافر عنصر العلم والإرادة فيه مع القدرة لإحداث نتائجه، لأن إرادة الفاعل فيه قد توجه إلى الإعتداء على حقوق الغير مع إرادته إحداث نتيجة ذلك الفعل[1]، فقصد التملك هنا يدل على عدم جهالة صاحب يد الضمان بحق غيره على المال الذي يحوزه[2].

إذن، قد يؤدي القصد المدني السيء دوره إبتداءا منذ وضع اليد على المال في بعض الحالات كما في الغصب والسرقة، لأن هؤلاء حائزون سيئو النية، وأرادوا من وراء وضع يدهم أي حيازتهم للشيء الإعتداء على حقوق الغير، فهم على علم أنهم ليسوا بذي حق على هذا المال الذي في حيازتهم، وعلمهم بهذه الحقيقة يجعل منهم سيئي النية ويأخذ أفعالهم صفة العمد لأنهم على علم تماما بأن ملكية المال غير عائدة لهم بل هو ملك لشخص آخر ومع ذلك يتجه بإرادته لوضع يده على ذلك الشيء بقصد إحداث نتيجة معينة وهي تملك ذلك المال[3] قد ذكرنا أن الضمان أو سبب وضع اليد ينشأ في الغالب عن أعمال غير مشروعة، بعبارة أخرى، أن الأعمال المقتضية للضمان، تكون في الغالب عمدية ألا أن هذه الصفة ليست من مستلزماتها على الإطلاق[4].

وقد يضع الشخص يده على مال غيره أمانة، أي نيابة عن مالكه فيكون حائزا حسن النية دون أن يكون لديه نية تملك ذلك المال الذي بحوزته فهو على بينة تامة أنه ليس بذي حق على ذلك المال ويعلم أن الشيء الذي تحت يده لا حق له فيه[5]،

---

(1) المادة (1098) من القانون المدني العراقي.

(2) لاحظ: أستاذنا د. مجمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص(114، 115).

(3) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد، مرجع سابق، ص(80-81).

(4) أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص117.

(5) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد، مرجع سابق، ص81.

مع ذلك فإن يد الأمانة قد تتحول أي تنقلب إلى يد الضمان، وقد يكون لقصد الشخص دخل في تحول صفة اليد من أمانة إلى يد ضمان عندما تتغير نية واضع اليد إلى تملك ذلك الشيء بدلا من أن يستمر كنائب عن المالك، فالوديع يده يد أمانة على الوديعة وهو يحوزها بوصفه نائبا عن المودع، فإذا تحولت نيته إلى تملك الوديعة دون أن يكون له أي حق في ذلك، تحولت يده إلى يد ضمان وكذلك الحال بالنسبة للمستأجر والمستعير والمرتهن رهنا حيازيا والملتقط وغيرهم، ويتم تحول صفة اليد من يد أمانة إلى يد ضمان منذ تحول نية صاحب اليد[1]، ألا أن اليد لكي توصف بأنها يد أمانة أم يد ضمان لا تظهر على الحيازة منذ إبتدائها، بل هو مقترن بالنية، وهذه النية غير مستقرة على الدوام فتتغير بين فترة وأخرى، مما أثر على تحول اليد من يد أمانة إلى يد ضمان ومن يد ضمان إلى يد أمانة حسب النية[2].

و إذا ما حاولنا أن نبين موقف المشرع العراقي، نحاول أن نرسم إطار الموضوع من خلال عناصر القصد المدني، القائم على العلم والإرادة وذلك من خلال نص المادة (1148) منه والتي تنص على أنه:

(1- يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير، وحسن النية تفترض دائما، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك.

2- ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز، إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالما أن حيازته إعتداء على الغير).

فقد عرفت هذه المادة الحائز حسن النية بأنه الذي يضع يده على الشيء بغير قصد التعدي على حق الغير، فإعتقاده أنه المالك له، هو الذي دفع به لكي يضع يده عليه، في حين أن صاحب يد الأمانة عندما يضع يده على شيء إنما يضعها بإعتباره نائبا عن المالك ولا ينبغي من وراء وضع يده على ذلك الشيء تملكه، لأنه

---

(1) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد و د. أكرم محمود حسين، تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص135.

(2) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد، مرجع سابق، ص82.

يعلم جيدا أنه ليس بمالك لهذا الشيء، كما عرفت الحائز سيء النية بأنه الذي يضع يده على الشيء بقصد التعدي على حق الغير، لأنه يعلم جيدا أنه ليس بذي حق على هذا الشيء، وهذا القول يقترب من مفهوم يد الضمان، لأن صاحب هذه اليد إنما يجب أن يحوز الشيء بقصد تملكه في ظل القانون المدني العراقي، بعبارة أخرى يعلم جيدا أنه يعتدي على حق الغير[1].

إذن، فإن نية تملك مال الغير يشكل بحد ذاته إعتداء أخذ صفة العمد لقصد الشخص القائم على العلم والإرادة، والمتجه نحو تملك ذلك المال، الا أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال أن نية التملك هي الحالة الوحيدة التي اعتمدها المشرع كمعيار أو كأساس لقيام الضمان، فهاهو المشرع يؤكد في كثير من النصوص أن يد الأمانة تتحول بالإعتداء إلى يد ضمان بعيدا عن قصد التملك، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (427) مدني عراقي على أنه: (تتقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه)[2].

فهذا النص يضع لنا المعيار العام في تحول يد الأمانة إلى يد ضمان، ولم يعتد هذا النص بقصد التملك[3]، فقد أكد على أن اليد تنقلب إلى يد ضمان، سواء أكان صاحب اليد ينوي تملكه، أم كان لا ينوي سوى الحجز[4].

والإعتداء هو أن يضع الشخص يده على مال غيره بدون إذن منه، أو من الشارع، أو إذا إستولى شخص على مال مملوك لغيره ظلما، أو حال بينه وبين الإنتفاع به، فإنه يعد تعديا، مما يؤدي إلى إستقرار الضمان عليه، كالغصب

---

(1) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد، مرجع سابق، ص81.

(2) لاحظ: المادة (193) مواد مدنية و تجارية قطري.

(3) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، تحول اليد في القانون المدني، مرجع سابق، ص271.

(4) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق ، ص127.

والسرقة وخيانة الأمانة، كما أن الإهمال والتقصير في حفظ مال الغير يعتبر إعتداءا[1].

و قد أكد المشرع العراقي على الإعتداء كأساس لقيام الضمان في نصوص مواد كثيرة أخرى فتتحول يد الأمانة إلى يد ضمان[2]، فكما أكد المشرع على حالات تحول يد المدين من يد أمانة إلى يد ضمان، فقد أكد على أن اليد تكون يد ضمان إبتداءا فيكون الإعتداء إبتداءاً، لكونها حازت مال الغير ظلما دون نية تملكه، أو بنية التملك، مثال ذلك نصوص المواد (192-200) والذي نظم المشرع فيه أحكام الغصب[3].

كما أن المشرع وإستثناءا من يد الضمان لم يعتد بقصد التملك في المادة (233) الخاصة بالمقبوض دون حق، فالقابض لغير المستحق يسلم ما قبضه بقصد تملكه على الرغم من أنه حسن النية، ومع ذلك فإن القانون يعد يده على ما قبضه دون وجه حق يد أمانة، وتنقلب إلى يد ضمان في اليوم الذي أصبح فيه سيء النية، وهذه المادة متوافقة مع ما هو وارد في المادة (1148) من القانون المدني العراقي.

مما تقدم يتبين أن المشرع العراقي قد جعل الإعتداء على ملك الغير، هو الأصل الذي تقوم عليه يد الضمان سواء قامت نية التملك إو انتفت، سواء كان الإعتداء إبتداءا فتكون اليد يد ضمان إبتداءا، أم كان لاحقا فيحول يد الأمانة إلى يد ضمان أو يحول يد الملك الى يد ضمان كما في يد البائع قبل التسليم، وللإعتداء على ملك الغير صور كثيرة، منها الإستيلاء على الشيء المملوك للغير ظلما كالغصب والسرقة وأخذ المال الضائع، ومنها التصرف في الشيء المملوك للغير تحت يد

---

(1) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي، مرجع سابق ، ص23

(2) لاحظ على سبيل المثال المواد: (764)، (854)، (855)، (950)، (956)، (954)، (957) و (958) من القانون المدني العراقي.

(3) سنتناول الغصب كإحدى تطبيقات القصد المدني في الفصل الرابع من هذه الرسالة إن شاء الله، فنحيل إلى هناك.

الأمانة تصرفا موصوفا بالإعتداء، سواء أكان التصرف ماديا أم قانونيـــا، كـــالبيع والإيجار والعارية والرهن دون إذن من المالك، وعليه يكون الفاصل بين يد الأمانة ويد الضمان إبتداءا وإستمرارا هو الإعتداء، دون أن ينص المشـــرع علـــى ذلـــك صراحة[1].

(1) د. ليلى عبدالله سعيد، يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص(24، 31).

المبحث الثاني
تحديد نطاق التضمين على أساس التعمد والتعدي

يستلزم تحديد نطاق تضمين اليد المرتكز على التعمد والتعدي تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نبين في الأول حالات التضمين في غير حالات اليد ونخصص المطلب الثاني لبيان حالات تضمين اليد في غير حالات التعمد والتعدي.

المطلب الأول
حالات التضمين في غير حالات اليد

بيننا فيما سبق أسباب الضمان وما جاء به الفقهاء المسلمون في هذا الشأن يبين المسلك الذي اتبعوه في تحديد الأسباب المقتضية للتضمين، حيث وجدنا أن كل واحد منهم يذكر الأسباب التي يراها موجبة للضمان، وهذا المسلك لا يخلو من الصعوبات ويكتنفه العديد من الغموض، والسبب في ذلك أن تصديهم للموضوع جاء في مناسبات متفرقة وتناثر في أبواب فقهية متعددة، فلا يعرف هذا الفقه الكبير النظريات العامة، وهكذا نجد لديهم آراء وإجتهادات مختلفة[1].

وإذا أردنا أن نجمع ما ذكره الفقهاء في هذا الشأن، على ضوء التقسيمات التي أوردناها في السابق نجد بأنهم قد ذكروا إلزام الشارع والعقد، كما ذكروا الإعتداء والغصب والإتلاف، ويذكر البعض الآخر اليد والشرط والحيلولة بين المال وصاحبه والغرور، وأضاف البعض المباشرة والتسبب، كما نجد بأنهم عدوا التفويت والتعييب والتغيير كأسباب للضمان.

وبذلك نخرج بنتيجة مفادها أن ما عدا إلزام الشارع والعقد، تعد جميع الأسباب الأخرى متداخلة في بعضها البعض، لأن المباشرة والتسبب يندرجان تحت الإتلاف

---

(1) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص9 و د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص256.

فيجمعهما الأخير، ومن هذا القبيل أيضاً الغصب التي تدخل تحت وضع اليد التي ليست بمؤتمنة[1].

و لإختلاف الكاتبين والباحثين في وجهات النظر، تأثر بعض منهم بتقسيم فقيه معين وعالج موضوع أسباب الضمان في إطاره، وذلك تجنباً لحدوث أي خلط بسبب تداخل هذه الأسباب بعضها في بعض[2].

لكن من الواضح أن سبب الخلط هذا هو إختلاف ظاهري يشمل الإختلاف في الألفاظ المستخدمة للتعبير عن الموضوع ولا يتعداه إلى المضمون، بحيث يمكن إزالته وذلك من خلال جمع كل هذه الأسباب تحت عنوان جامع يستوعب الموضوع[3]؛ ونحن بدورنا تناولنا وضع اليد في موضع سابق من هذه الرسالة[4] فبقي العقد والإتلاف وسنتناولهما تباعاً لأن هذين السببين مع وضع اليد تكاد تكون متفقاً عليها بين الفقهاء، وهنالك أسباب أخرى أشار إليها بعض الفقهاء وهي الحيلولة والتغرير ومن أجل التعرف عليهما سنتناولهما بالشرح أيضاً.

أولاً: العقد :

أن العقد رابطة يجمع بين عاقدين على أساس التراضي بينهما، وبذلك يكون ملزماً لعاقديه بحيث يتوجب عليهما تنفيذه بالشكل الذي يرتب الآثار المرجوة منه، والذي تعاقد لأجله الطرفان، لأن العقد بطبيعته يقتضي أحكاماً خاصة منها سلامة المعقود عليه من العيب والإستحقاق أو يقترن بشرط لأحد العاقدين أو كلاهما، سواء

---

(1) لاحظ : د. سليمان محمد احمد ، مرجع سابق ، ص44.

(2) فقد تأثر الدكتور محمد أحمد سراج بتقسيم القرافي، حيث يقول أنه تقسيم يتسم بالمرونة و يستوعب كل الجزئيات المتعلقة بأسباب الضمان، كما يقوم بتفسير جميع الفروع الفقهية الواردة في هذا الصدد، لذا رآه صالحاً لكي يتخذه كأساس جيد للتقسيم الذي إتبعه في دراسته حيث قسم موجبات الضمان إلى: 1- الغصب 2- الإتلاف للمال والبدن بالمباشرة والتسبب 3- التعسف. للتفاصيل أكثر لاحظ مؤلفه ضمان العدوان، مرجع سابق، ص256 و ما بعدها.

(3) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص(9، 10).

(4) لاحظ: الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الرسالة.

صرح به في صلب العقد أو جرى به العرف، فعدم وفاء المتعاقد بما تقتضيه طبيعة العقد بأن ظهر فيه بعد القبض عيب أو إستحق للغير أو عند إحلاله بما يتطلبه الشرط وعدم قيامه بتنفيذ إلتزامه على الوجه المتفق عليه تتحقق به ضمان العقد ويكون المتعاقد ضامناً[1].

ونجد إنقساماً بين الفقهاء فيما يخص مدى إمكانية مقابلة ضمان العقد بالمسؤولية العقدية في القانون إلى إتجاهين متناقضين:

الإتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الإتجاه[2]، أن الفقه الإسلامي لا يكاد يعرف فكرة المسؤولية العقدية على النحو المعروف في فقه القوانين الوضعية، فمصطلح أو تعبير (ضمان اليد) هي غير (المسؤولية العقدية) في القانون من وجهة نظرهم، ويرجع بعضهم عدم إتفاق المصطلحين في المعنى والمضمون إلى قصر معنى التعويض في الفقه الإسلامي على الضرر المالي الواقع والمتعلق بأعيان الأموال لا منافعها، بناءاً على أن فكرة الضرر في هذا الفقه محدودة وضيقة إذا ما قورن بمفهومه القانوني، ويضيف أنه يشترط في الضمان في هذا الفقه أن يكون المضمون مالاً متقوماً في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه، ولذلك لا تعويض عن المنافع ولا عن العمل إلا في إستثناءات محدودة، ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أي ربح فاته إذا لم يوجد مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن، فيأخذ من المدين مثله أو قيمته، بينما إذا إنتقلنا إلى نطاق القانون نجد أن الفقه القانوني يعوض عن كل ضرر مادي أو أدبي،

---

(1) لاحظ: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص63، د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص47.

(2) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس، الطبعة الثانية، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص138. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، 2006، ص52، الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص20. د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص82، المحامي خليل أحمد الأرباح، المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الأولى، دار رباح للنشر والتوزيع، مصراته، ليبيا، 1995، ص(25، 27).

ويشمل التعويض في الضرر المادي ما يحمله الدائن من خسارة وما فاته من ربح، سواء أكان ذلك عن منفعة أو عن عمل أو عن أي أمر آخر(1).

ففكرة الضرر في الفقه الإسلامي فكرة ذات طابع خاص، مما له أثره الملحوظ في تمييز الفقه الإسلامي عن بقية القوانين الوضعية، لاتينية كانت أو جرمانية أو أنكلوسكسونية، لأن محور إهتمام هذا الفقه ينحصر في الضرر المادي الذي يحدث تغييراً في الذمة المالية للإنسان فيصيبه بالنقص، والمقصود من ذلك أن التعويض أو الضمان عند فقهاء الشريعة يكون كنتيجة ضرر مادي أصاب المضرور.

لذا فإن هذا الفقه لا يعرف المسؤولية العقدية على غرار ما هو موجود في الفقه الوضعي، فضمان العقد في الفقه الإسلامي لا يخرج عن كونه بحثاً لتحديد (تبعة الهلاك) مما يعني أن الشريعة الإسلامية تعرف التعويض عند إستحالة التنفيذ الناتج عن هلاك الشيء فقط، أما غيره من الأحوال فلا يشمله التعويض بل يكون هناك مجال للفسخ فقط وبالتالي لا علاقة له بالمسؤولية العقدية(2) له بالمسؤولية العقدية.

وفي هذا السياق يرى بعض الفقهاء(3) أن أحكام الفقه الإسلامي لا يعوض عن عدم تنفيذ العقد أي الإمتناع عنه أو التأخر في تنفيذه ويوضح وجهة نظره هذه بالتفريق بين أن يكون المعقود عليه مالاً أو عملاً، فإن كان مالاً، كما لو إستحق المبيع إذ تشغل ذمة الضامن بالثمن، ففي هذه الحالة بإمكان الطرف المتضرر جراء الإمتناع عن التنفيذ أو إستحقاق المبيع اللجوء إلى القاضي ليجبر العاقد الآخر على الوفاء بما عليه من إلتزامات وينفذ على ماله بالطرق المشروعة في التنفيذ للوفاء بالدين، وإذا ظهر إعساره فنظرة إلى ميسرة، وبالتالي لا يحكم عليه بالتعويض عند عدم الوفاء أو تأخير التنفيذ وإن أصاب ذلك الدائن بضرر. أما إذا كان الضمان

---

(1) عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص168.

(2) لاحظ: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، مرجع سابق، ص61، د. محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص(34، 35).

(3) الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص(17، 18، 20).

متعلقاً بفعل أي بعمل، كما في إلتزام الأجير بالعمل وكما في الإلتزام بتسليم العين، وإمتنع الملتزم عن الوفاء، فإنه يجبر عليه ويحمل على ذلك بما يراه الحاكم من تعزيز جزاء على ذلك ولا يحكم عليه بالتعويض بسبب ما ترتب من ضرر على عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

ويجد هذا الرأي تبريره في أن وجوب التضمين بالمال إنما يكون في ضرر مالي أصاب المضرور، بتلف بعض ماله أو نقص قيمته، أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد المال، فلم يشمله الفقه الإسلامي بالتعويض، وهو أمر لا تبيحه القواعد الفقهية والأصول الشرعية التي تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعاً أو في مقابلة مال أخذ أو تلف، وإلا كان أكلاً له بالباطل[1].

ومرد هذه الآراء السابقة كما يتبين لنا يرجع إلى قصر بعض الفقهاء[2] ضمان العقد على ما عين في صلب العقد من مبيع أو مسلم فيه أو أجرة أو ثمن صلح، وما يعد من توابعه كالمأجور في الإجارة أو المستعار في الإعارة التي تدخل في ضمان اليد ، بعبارة أخرى إن ضمان العقد لا يكون إلا فيما نص عليه في العقد، أما ما هو غير وارد في العقد وخارج عن صلبه فهو يضمن ضمان يد أم إتلاف بحسب الأحوال.

---

(1) غير أنهم ألزموا الأجير الذي إمتنع عن القيام بما إلتزم به من عمل و أدى ذلك إلى تلف مال من إستأجره و كان عمل الأجير وقاية له، فألزموا بدفع التعويض مقابل ما أتلفه، كما لو إستأجره لترميم جدار فأمتنع عن القيام بذلك و ترتب على إمتناعه سقوط الجدار، فإمتنع عن القيام بذلك و ترتب على إمتناعه سقوط الجدار، فيلزم الأجير بدفع التعويض، و سبب إلتزامه هذا هو من قبيل ضمان الإتلاف تسبباً، فسقوط الجدار لم يكن أثراً للعقد، بل كان أثراً لإمتناعه الذي صار به متعدياً. لذا فإن سبب التعويض في هذه الحالة هو الإتلاف تسبباً و ليس العقد، للتفاصيل أكثر لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص(18، 20).

(2) الإمام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص220. و هناك من الفقهاء من عارض هذا الرأي و قام بمناقشته و بين أن المقصود بضمان العقد هو ضمان محل العقد و توابعه و ما يلزم لإستيفائه و بالتالي فهو غير مقتصر على ما عين في صلب العقد فقط للتفاصيل أكثر لاحظ: د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص66.

الإتجاه الثاني: على خلاف الرأي الأول توسع أصحاب هذا الإتجاه[1] من نطاق المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي، حيث يرونها واضحة المعالم والدلالات والأحكام في باب ضمان العقد[2] فهذا الفقه قد عرف ضمان العقد بمفهوم يقترب أو يبتعد قليلاً عن مفهوم المسؤولية العقدية في التفكير القانوني، ولعل سبب إثارة البعض لهذا الموضوع وإنكارهم له بهذا المفهوم راجع إلى رغبتهم في إفتعال المخالفة بين الفقه والقانون، إذ تصعب الإشارة إلى أي سبب آخر لهذا الإنكار[3] فأصحاب الرأي الأول قد إستندوا في بناء إتجاههم الفكري هذا بخصوص ضمان العقد على ضيق مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي، ألا أن هذا الإعتقاد غير صحيح تماماً، فيمكن أن نجد في هذا الفقه الكثير والعديد من القواعد الفقهية والتي تكفل إلزام العاقد بضمان هذا الضرر والرد على هذه التحليلات، فالإحاطة بالمدى الذي وصل إليه تعويض الضرر في الفقه الإسلامي ومدى مرونة قواعده يمكن تحقيقه من خلال عرض الأسانيد الشرعية الآتية[4]:

فقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)[5] مما يفيد إعطاء الشارع الكريم قوة إلزامية للعقد وأوجب الوفاء به وبعكسه فالإمتناع عن الوفاء به وتنفيذه يعد من قبيل التعدي الموجب لضمان الضرر الناشيء عنه.

---

(1) د. محمد أحمد سراج، مرجع سبق ذكره، ص77 و ما بعدها، و أيضاً كتابه نظرية العقد والتعسف في إستعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، أسكندرية، 1998، ص244 و ما بعدها. د. محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص31.

(2) لاحظ: د. محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص31.

(3) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، مؤلفه ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص83.

(4) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص77 و ما بعدها.

(5) المائدة /1.

وما ورد على لسان النبي (صلى الله عليه وسلم): (لا ضرر ولا ضرار)[1]، فقد بلغ صيغته العموم في هذا الحديث جدا بحيث يصلح لأن يكون عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم في طريق تقرير الأحكام الشرعية[2]، فهو قد أصبح قاعدة كلية[3].

أما بخصوص تضمين العين والمنفعة معاً، فقد دار حوله جدل فقهي كبير، وقد ذهب الفقهاء في ذلك إلى مذهبين، فلم يعد أئمة الحنفية المنافع أموالاً، لأنها ليست ذات وجود مادي إنما هي أعراض متجددة تحدث شيئاً فشيئاً، أي آنٍ بعد آن على مر الزمن، وبالتالي قصروا الضمان على الأعيان فقط دون المنافع، وعليه فإنه لا يمكن أن يكون محلاً للغصب، ولا تضمن بالتلف ضمان اليد[4] وأقوى أدلة الأحناف بخصوص عدم ضمان المنافع حديث رسول الله (صلى الله عليه وسلم): (الخراج بالضمان)[5] في حين عد جمهور فقهاء الشافعية والحنابلة المنافع المتقومة

---

(1) لقد سبق تخريجه في الصفحة (40) من هذه الرسالة.

(2) لاحظ بشأن هذا الحديث و ما يتفرع منها من القواعد: د. مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، الطبعة العاشرة، مطبعة طربين، دمشق، 1968، ص977 و ما بعدها.

(3) المقصود بالقواعد الكلية القواعد الاصولية ، فهي تلك القواعد التي لم تدخل قاعدة منها تحت قاعدة أخرى وان خرج منها بعض الافراد ، لاحظ بشأن تفاصيلها د. أسامة عبد العليم فرج الشيخ ، قاعدة لاضرر ولا ضرار ، مرجع سابق ، ص23.

(4) غير أن المنافع يمكن تقويمه من خلال عقد الإيجار لدى الحنفية و قد أوردوا هذا الإستثناء على خلاف القاعدة العامة إستحساناً و بحكم الضرورة و ذلك لشدة حاجة الناس إليها، للتفصيل أكثر حول هذا الموضوع لاحظ: أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، المبسوط، تحقيق أبي عبدالله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، قدم له الدكتور كمال عبدالعظيم المناني المجلد الثامن الإجراء (15-16) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت-لبنان، 2001، ص(82-83).

(5) أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني الشهير بـ(إبن ماجة)، سنن بن ماجة، حكم على أحاديثه و آثاره وعلق عليه العلامة المحدث محمد ناصرالدين الألباني، إعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرياض، كتاب الإيجارات، باب الخراج بالضمان، حديث رقم (2242)، ص385.

أموالاً وذلك على حد سواء مع الأعيان[1]، ولا يمكن إعتبار المذهب الحنفي في عدم ضمان المنافع كإتجاه سائد في الفقه الإسلامي نظراً لتعرضه لإنتقادات شـديدة[2]؛ لأن فيه إهداراً للحقوق ومجافاته للمصلحة وعدم إنسجامه مع الواقع لذا فـإن رأي الجمهور هو الأعدل والموافق لمجرى المنطق[3] وذلك لأن (المنافع هي الغـرض الأظهر من جمع الأموال)[4].

---

(1) فرق فقهاء الشافعية بين المنافع المتقومة و غير المتقومة و أوجبوا الضمان في المنافع المتقومة فقط دون الأخرى، و هو كل ما أجاز الشارع الإنتفاع بها، أما المنافع غير المتقومة فلم يجز الشارع الإنتفاع به كآلات الطبل والملاهي، للتفصيل حول هذا الموضوع أكثر لاحظ: أبي محمد عزالدين بن عبدالسلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، إعتنى به المكتب العلمي للتراث، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار البيان العربي، الأزهر، 2002، ص123. كما و أن الحنابلة قد فرقوا بينهما ألا أنهم إستندوا إلى العرف في تحديد و تمييز ما هو متقوم عما هو غير متقوم، للتفصيل أكثر لاحظ: منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، حققه على نسخة خطية و خرج أما دينه و علق عليه الشيخ محمد عدنان ياسين درويش، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التأريخ العربي، بيروت-لبنان، 1999، ص(108، 109). د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص186.

(2) لاحظ: د. منير القاضي، شرح المجلة، مرجع سابق، ص42. د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص121، و قد أخذ القانون المدني العراقي برأي الجمهور في ضمان المنافع و ذلك في المادة (240) منه و نظراً لهذا النقد الذي تعرض له المذهب الحنفي إستثنى متأخروا الأحناف من القاعدة الأصلية مال اليتيم والوقف والمعد للإستغلال و أستدركوا أن هذه الأموال قد تكون عرضةً للخطر أكثر من أي مال آخر وأفتوا بوجوب ضمان المنافع فيها، للتفصيل أكثر لاحظ: برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرحة بداية المبتدي، حققه وعلق عليه و خرج أحاديثه على مخطوطتين كاملتين محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ، المجلد الرابع، الطبعة الثانية، دار السلام، أسكندرية، 2006، ص1388. منير القاضي، مرجع سابق، ص(42، 43). أما المالكية فلهم رأيهم الخاص في الموضوع، لأنهم قالوا بالتفرقة بين الغصب والتعدي. للتفاصيل أكمثر لاحظ : الامام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي ، الذخيرة في فروع المالكية ، مرجع سابق ، ص97-98.

(3) لاحظ: د. منير القاضي، شرح المجلة، مرجع سابق، ص42.

(4) لاحظ: عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مرجع سابق، ص123.

قد تكون هنالك حالات يكون التنفيذ العيني الجبري فيها أحياناً غير ذي جدوى لإزالة الضرر، كما لو ترك الأجير الزرع دون سقي حتى يبس وجف فإن إجباره على السقي أو إستئجار غيره على نفقته لا يصلح لرفع الضرر الواقع، لذا يجب التعويض في مثل هذه الحالات[1].

كما ويلزم المماطل أو المتراخي في تنفيذ العقد بتعويض الضرر الذي تسبب فيه، بشرط ألا يكون معذوراً في هذا التأخير وألا يكون الضرر الذي أحدثه معتاداً، وهنالك الكثير من التطبيقات الفقهية الواردة في هذا الصدد والذي يؤكد هذا الكلام، لأن التنفيذ المعيب للعقد يستوجب رفع الضرر الناشيء عنه وضمانه أيضاً مثاله ما جاء في المادة (658) من مجلة الأحكام العدلية والتي جاءت فيها (لو غر واحد آخر ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره، مثلاً لو إشترى عرضة وبنى عليها ثم إستحقت وضبطت أخذ المشتري من البائع ثمن الأرض مع قيمة البناء حين التسليم، وهذه المادة تأكيد على أن التنفيذ المعيب للعقد يوجب ضمان الضرر الذي تسبب فيه وذلك من خلال إعطاء الخيار للمتضرر فسخ العقد وبين الحط عنه من العوض ما يماثل الضرر قصداً لإزالته وتحقيقاً للعدل الذي هو أحد الأسس الراسخة للتعاقد في الشريعة[2].

كما وأن القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) قد إختارت مصطلح (ضمان العقد)[3] الفقهي لكي يعبر من خلاله عن مسؤولية المتعاقدين عن الأضرار الناشئة بإمتناعهم عن تنفيذ ما إلتزموا به من عقود أو تنفيذها تنفيذا معيباً.

---

(1) المادة (612) من مرشد الحيران، أشار إليه د. محمد أحمد سراج في مؤلفه ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص78.

(2) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص186.

(3) لاحظ: المادتان (168، 169) من القانون المدني العراقي فقد إستخدم المشرع مصطلحي (المسؤولية العقدية) و (ضمان العقد) كمرادفين و ذلك في البند الثالث من الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من القانون المدني العراقي.

كل ما ذكرناه سابقاً يؤكد على سعة وشمولية مفهوم الضرر فهي ليست بفكرة ضيقة كما رآها أصحاب الإتجاه الأول وقد لاقى هذا الرأي الذي إستعرضناه سابقاً قبولاً وترجيحاً لدى بعض الفقهاء[1] على الآراء الأخرى وذلك لقوة سنده وتحقيقه لمصالح الشرع من حفظ لحقوق الناس وترسيخ للأمانة والثقة في التعامل فضلاً عن أنه يؤدي رواج الأموال كما وأنه يشكل دعامة لمبدأ إستقرار المعاملات[2].

وبما أننا نناقش موضوع ضمان العقد مما يحتم علنياً أن نشير إلى تصنيفات الفقهاء المسلمين للعقود بالنظر إلى الضمان من عدمه حيث قسموه إلى ثلاثة أقسام[3]:

أولاً: عقود ضمان: وهي العقود التي يكون فيها قابض المال ضامناً له بناءاً على تنفيذ العقد بشكل مطلق ولو لم يصدر عنه أي تعدٍ أو تقصير، فما يصيبه من تلف ولو بآفة سماوية يترتب عليه ضمانه، بعبارة أخرى فإن مجرد تلف العين وإن لم يوجد أي تعدٍ يكفي بحد ذاته لإستقرار الضمان على صاحب اليد[4] ومن هذه العقود البيع[5]، القسمة، الصلح عن مال بمال.

---

(1) لاحظ: د. سعد خليفة العبار ، ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة دراسة فقهية مقارنة ، منشورات جامعة قار يونس ، بنغازي ، ط1، 1999م ،ص244.

(2) لاحظ: د. سعد خليفة العبار ، المرجع السابق، ص244.

(3) لاحظ: بشأن هذه التقسيمات : د. مصطفى احمد الزرقاء ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، المدخل الفقهي العام ، الجزء الأول ، طبعة تاسعة منقحة و مزيدة ، مطابع الف باء الاديب ، ديمشق ، ص979-983.

(4) لاحظ: أسامة عبدالعليم فرج الشيخ، أحكام مسؤولية الأمين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص21.

(5) و قد أخذ المشرع العراقي بحكم الضمان في عقد البيع في المادة (547) و توسع في يد الضمان إذ جعلها الأصل في جميع عقود المعاوضات و ذلك في المادة (179) منه و قد جاء و أكد الأمر في العقود الناقلة للملكية في المادة (428) و هذه المادة الأخيرة مطابقة مع ما ورد في نص المادة (194) مدني قطري حيث إقتبسه الأخير من القانون المدني العراقي و قد أخذ المشرع الأردني في المادة (500) لضمان المبيع في عقد البيع حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (500) منه على أنه: (و إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب يد لأحد المتبايعين فيه إنفسخ البيع وإسترد المشتري ما أداه من الثمن).

ثانياً: عقود أمانة: وهي العقود التي يكون فيها قابض المال أميناً لحساب صاحبه، ولا يترتب عليه أي ضمان عما يصيبه من تلف بمجرد القبض إلا إذا صدر منه تعد أو تقصير في الحفظ، فعقود الأمانة لا يجعل من واضع اليد ضامناً إلا بتعديه، لأن منشأ الضمان في هذه العقود هو التعدي وليس تلف المال، بمعنى آخر فإننا لا نحتاج إلى تلف المال حتى نقر بضمان صاحب اليد بل تعديه يجعل منه ضامناً وإن بقي المال على حاله دون تلف، وعليه فلو تلف المال في يد صاحب يد الأمانة بدون تعديه لا يضمن[1] ومن أمثلتها عقود الإيداع[2] أو الإعارة[3] والشركة بأنواعها[4] والوكالة[5] والهبة في حالة الرجوع[6] وعقد العمل[7].

ثالثاً: عقود مزدوجة الأثر: وهي العقود التي تنشأ الضمان من جهة والأمانة من جهة أخرى وهي تنحصر في ثلاثة عقود: الإجارة[8]، الرهن[1]، الصلح عن مال بمنفعة[2].

---

(1) لاحظ: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص174-175.

(2) لاحظ: المادة (951) من القانون المدني العراقي حيث إعتبر المشرع العراقي الوديعة أمانة في يد الوديع ، تقابل المادة (872) من القانون المدني الأردني .

(3) لاحظ: المادة (857) من القانون المدني العراقي حيث عد المشرع المستعار أمانةً في يد المستعير تقابل المادة (764) من القانون المدني الأردني .

(4) لاحظ: الفقرة الثالثة من المادة (1062) حيث عد المشرع حصة كل شريك أمانة في يد الآخر.

(5) لاحظ: المادة (935) من القانون المدني العراقي والذي يشير إلى أن أحوال الموكل أمانة في يد الوكيل، تقابل المادة (846) من القانون المدني الأردني .

(6) لاحظ: المادة (652) من القانون المدني العراقي، فإذا رجع الواهب عن هبته يكون حينئذ الموهوب أمانةً في يد الموهوب له.

(7) لاحظ: الفقرة (د) من المادة (909) من القانون المدني العراقي، حيث إلتزم المشرع العامل في المحافظة على أموال رب العمل و عده أمانةً في يده و لا يضمن إلا بتعديه ، تقابل المادة (817) من القانون المدني الأردني .

(8) لاحظ: المادة (764) من القانون المدني العراقي حيث عد المشرع العين المأجورة أمانة في يد المستأجرة، ألا أنه و بمجرد تمكنه من إستيفاء منافعها تعد مضمونة عليه و ذلك بالتسليم الفعلي للمأجور أو بالتخلية، فيضمن قيمتها و إن لم ينتفع بها المستأجر، والمادة (692) من القانون المدني الأردني.

وإذا ما أردنا إجراء مقارنة بين الإتجاهين السابقين بخصوص مدى مقابلة ضمان العقد بالمسؤولية العقدية في القانون وترجيح لأحدهما على الأخر نجد أن الإتجاه الأول هو الإتجاه الراجح لأن ضمان العقد في الفقه الإسلامي ذات نطاق ضيق، والمراد منه ضمان مال تلف بناء على عقد إقتضى الضمان[3]، في حين أن المسؤولية العقدية عبارة عن الجزاء الذي يرتبه القانون على إخلال المتعاقد بتنفيذ إلتزامه التعاقدي[4] فالتعويض فيها غير مقتصد على مال تالف فقط بل يشمل التعويض عن ضرر نشأ جراء عدم قيام المدين بتنفيذ الإلتزام العقدي المقلي على عاتقه.

ولا ينحصر إجراء المقارنة بين ضمان العقد والمسؤولية العقدية في نطاق الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، لا بل يشمل إجراء المقارنة في نطاق القانون نفسه أيضاً، فضمان العقد في القانون يختلف عن المسؤولية العقدية في القانون كذلك، حيث أن ضمان العقد واسع النطاق ويدخل فيه أحكام المسؤولية العقدية المطبقة نتيجة الإخلال بتنفيذ الإلتزام التعاقدي في العقد الصحيح وتلك الأحكام التي تستوجب التعويض رغم أن العقد لم يعد صحيحاً، بل هو في مراحله التحضيرية[5]، مثال ذلك الأضرار الناجمة عن تنفيذ العقد الباطل كذلك التعويض المترتب على وجود عيب من عيوب الرضا وغير ذلك كما أن ضمان العقد يشمل جميع

---

(1) هناك خلاف بين الفقهاء المسلمين حول مدى إعتبار يد الدائن المرتهن يد أمان أو يد ضمان.

(2) إذا وقع الصلح عن مال بمنفعة بأن كان المصالح عنه مالاً، و بدل الصلح منفعة، فسكن الدار لمدة سنة أو ركوب السيارة لمدة شهر يعد عقد الصلح في هذه الحالة بمثابة عقد إيجار فيد المصالح تحديد لمانة بالنسبة للسيارة أو الدار التي تمت يده والمنفعة مضمونة عليه بمجرد تسلم العين سواء إستوفى المنفعة أو لم يستوفيها بالفعل لاحظ المادة (710) من القانون المدني العراقي والمادة (651) من القانون المدني الأردني.

(3) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص20.

(4) لاحظ: المحامي خليل احمد الارباح ، مرجع سابق ، ص29.

(5) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، المدخل لدراسة الضمان، مرجع سابق، ص(31، 32).

الضمانات التي يرتبها القانون وينظمها في كل عقد على حــده كضـمان العيـوب الخفية، وضمان التعرض، وضمان الإستحقاق، وكما ويدخل في نطاق ضمان العقد أحكام تعويض الطرف المتضرر نتيجة عدم تنفيذ الطرف المقابل العقد والذي أدى إلى طلب فسخه.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض حالات اليد تختلط بحالات العقد كيد الوديع ويـد المستعير وغير ذلك[1] مما يحتاج الأمر إلى وضع الحدود الفاصلة بينهما فتحديـد نوع المسؤولية الناشئة عن وضع اليد على ملك الغير في الفقه الإسـلامي لـيس بالأمر الهين، فمراراً ما أشرنا إلى أن وضع اليد قد يكون نتيجة عقد أو وضع يـد غير مشروع مما يسبب الإختلاط، فالعقد واليد متداخلان، ونرى الكثير من الآراء بهذا الشأن ويكون لهذا الخلاف أثره في تحديد نوع المسؤولية المترتبة عليه حيـث نرى بعض الفقهاء[2] أن هذه الحالات تعد تطبيقاً للعقد واليد في وقت واحد، بينمـا يرى آخرون[3] أن ما كان عقداً يترتب عليه ضمان عقد فمثلاً يلزم المـودع فإنـه يضمن ضمان عقد ولا يتحول ضمانه إلى ضمان عدوان، حيث رأي هذا الجانـب من الفقه ضرورة تحديد معالم الموضوع ووضعه في إطاره هل هو ضمان عقد أم عدوان منذ البداية.

بينما توصل أحد الفقهاء[4] إلى حصيلة نهائية بهذا الشـأن مفادهـا أن الفقـه الإسلامي لا يفرق بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية للقول بتحمل تبعة هـلاك

---

(1) لاحظ: علي العبيدي، تملك المضمونات بالضمان في القانونين الأردني والإماراتي، بحث منشور في مجلة المنارة، المجلد السابع، العدد الثالث، سنة 2001، متاح على العنوان الألكتروني التالي:
www.arablawinfo.com/Research.asp?Vdidate=articles&ArticleID=235.lastvisited. 4/8/2007.

(2) علي العبيدي، المرجع السابق، ص4.

(3) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في إستعمال الحقوق، مرجع سابق، ص256.

(4) لاحظ: د. عبدالوهاب علي بن سعد الرومي، الإستحالة و أثرها على الإلتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى 1994، بدون مكان نشر، ص(566-569).

الشيء[1] عالجه من خلال قاعدة عامة حيث أورده في هذا الصدد بل جعل من واقعة اليد أي الحيازة في الإصطلاح الفقهي تنطبق على جميع حالات المسؤولية في الفقه الإسلامي فمتى ما كان المال في يد مالكه هلك عليه ومتى ما كان في يد الغير نفرق بين ما إذا كان القبض قبض ضمان (يد ضمان) أو قبض أمانة (يد أمانة) حيث عد هذا الفقه الحيازة أو القبض نقطة الإنطلاق في تقرير كافة الأحكام المتعلقة بتبعة الهلاك ، وقد أخذ بهذا الحكم المشرع العراقي وذلك في المادة (201) من القانون المدني ، حيث نصت على أن ((الحال الذي هو مساو للغصب في ازالة التصرف حكمه حكم الغصب فالوديع اذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الانكار اذا تلفت الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامنا)).

ثانيا: الاتلاف

يعرف الاتلاف بأنه اخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة[2] وهو اما أن يحصل مباشرة بطريقة المباشرة أو التسبب والاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بدون أن يتخلله وساطة ، والاتلاف بالتسبب هو احداث أمر في شيء يفضي الى تلف شيء آخر [3] ويختلف هذان نوعان من حيث مدى التزام المتلف بضمان اذ يلتزم المباشر بضمان بشكل مطلق في حين لايكون الاتلاف بالتسبب سببا للضمان الا اذ تعمد المتلف أو تعدى، واذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم الى المباشر وحده ذلك تطبيقا للقاعدة الفقهية (اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر) [4] .

---

(1) ينقسم تبعة الهلاك إلى تبعة العقد و تبعة الشيء و كل منهما مختلف عن الآخر،راجع بشأن تفاصيلهما: عبدالوهاب على بن سعد الرومي ، مرجع سابق ، ص673.

(2) لاحظ : ناصر جميل محمد الشمايلة ، مرجع سابق ، ص37.

(3) لاحظ : د. على العبيدي ، مرجع سابق ، ص5.

(4) لاحظ : ناصر جميل محمد الشمايلة ، مرجع سابق ، ص38-39. والمادة (186) من القانون المدني العراقي حيث اتخذ فيه المشرع موقفا منافيا للفقه الاسلامي بحيث جعل كل من المباشر و المتسبب ضامنا اذا تعمد أو تعدى.

ثالثا: الحيلولة

قام بعض الفقهاء بوصف الحيلولة بأنها سببا من أسباب الضمان وتتحقق عندما يحول شخص بين مال ومالكه ويمنعه من الانتفاع به أو تصرف فيه ولاتتحقق الا مع سبق يد الحائل ووضعها على المال كيد الوديع والمستعير مثلا فيقوم بانكاره مما يستوجب ضمانا بأداء عوض المال من مثل أو قيمة ذلك لأن المال قد صار في حكم التالف بنظر الى صاحبه على أن يرد المالك هذا العوض اذا رد اليه المال ذلك لأنه بمثابة القرض عنده[1].

رابعا: الغرور

يتحقق الغرور بالحمل والترغيب من الغار وذلك بلجوئه الى استخدام الوسائل الكاذبة من قول أو فعل بحيث يظهر الأمر على خلاف واقعه وحقيقته وذلك لايكون الا مع قصد الغار وسوء نيته ويكون سببا لضمان عند الجمهور ، وأساس التضمين فيه هو الاتلاف بالتسبب[2].

وقد عرضت المادة (189) من القانون المدني العراقي الى هذه الحالة بقولها ((اذا غرأحد آخر ضمن الضرر فلو قال شخص لأهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فانني أذنته بالتجارة ثم ظهر بعد ذلك ان الصبي ولد غيره فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي وبالتعويض عن الاضرار الأخرى))[3].

---

(1) للتفاصيل لاحظ : الشيخ على الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، مرجع سابق ص195-201.

(2)لاحظ : الشيخ على الخفيف ، مرجع سابق ص201. د. سليمان محمد احمد ، مرجع سابق ، ص81-83.

(3) لاحظ بشأنها د. حسن على الذنون المبسوط في المسؤولية المدنية ، الخطأ ، مرجع سابق ، ص231.

المطلب الثاني
حالات تضمين اليد في غير حالات التعمد والتعدي

في ضوء ما ذكرناه سابقا على تعريف المشرع العراقي ليد الضمان، مسايرا خطى الفقه المالكي في ذلك، والذي إعتمد على عنصر النية، أي القصد، كمعيار لبيان مفهوم تلك اليد، وذلك في الفقرة الأولى من المادة (427) منه، حيث عد اليد يد ضمان، إذا حاز الشخص الشيء بقصد التملك، دليل على عدم توفيق المشرع العراقي في إختياره لتعريف يد الضمان، لأن النص بذلك قد جعل من قصد التملك معيارا لكي نحدد على ضوئه صفة اليد على العين المملوك للغير، فإذا لم يقصد سوى أن يكون نائبا عن المالك فيده يد أمانة، أما إذا حاز المال بقصد تملكه فيده يد ضمان، مع أن هناك حالات لا يؤدي فيها القصد دورا وعلى الرغم من ذلك فإن يده على الشيء، تعد يد ضمان، على الرغم من إنتفاء قصد التملك لديه، وذلك بحكم القانون، وهي حالة هلاك المعقود عليه في عقود المعاوضات بيد البائع حسن النية، كما أن حسن النية يفترض دائما وذلك حسب الفقرة الأولى من المادة (1147) من القانون المدني العراقي، ألا أن الحيازة تنتقل للخلف العام بنفس صفاتها، إلا إذا أثبت الخلف العام أنه في حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بذلك، ولو كان سلفه سيء النية، فتلك الحالتين، أي هلاك المبيع في يد البائع في عقود المعاوضات قبل التسليم، وإنتقال حيازة السلف إلى الخلف بنفس صفتها، تعتبران أو بالأحرى تشكلان حالات لتضمين اليد في غير حالات التعمد والتعدي، لذا نتناولهما تباعا:

أولا: هلاك المعقود عليه بيد صاحبه في المعاوضات:

إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه، أي قبل التسليم، إنفسخ العقد من تلقاء نفسه، وتزول جميع آثاره منذ إبرامه[1]، فهو من جهة يحوز الشيء قبل تسليمه للمشتري وبعد البيع لكن ليس لديه قصد تملكه، ومن جهة أخرى

---

(1) لاحظ: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، الطبعة الثانية، منقحة، بدون سنة طبع، ص102

يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري، وهذا الإلتزام مكمل لنقل الملكية، ولم يقم بعد بتنفيذ إلتزامه، فلو حاولنا أن نحدد صفة يده من خلال قصد التملك تكون يده يد أمانة، مما يترتب عليه حكما في غاية الأهمية يتعلق بتبعة هلاك العين، لأنه لا يضمن إلا إذا هلكت العين أو ضاعت أو تلفت أو نقصت قيمتها نتيجة خطأ أو تقصير منه، ولا نستطيع في الوقت نفسه أن نقول أن يده يد ضمان على ضوء قصد التملك، لأن هذا القصد منتف لديه تماما، ومع ذلك فقد إعتبر المشرع العراقي يده يد ضمان مع أنه حسن النية لما هو مترتب في ذمته من واجب التسليم، ولم يقم به بعد[1] وذلك في المادة (428) منه والتي تنص على أنه (إذا إنتقلت ملكية الشيء بعقد، كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان...)، ونصت المادة (179) من القانون نفسه على أنه (1- إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه إنفسخ العقد سواء أكان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه. 2- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري).

و قد عاد المشرع وكرر هذا الحكم أو بالأحرى ما يؤكد محتوي هذه النصوص في المادة (547) من القانون المدني والتي تنص على أنه: (1- إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري إلا إذا حدث الهلاك بعد إعذار لتسليم المبيع، وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن. 2- على أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع، يجب دفع الثمن كاملا في الحالة الأولى، وإلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية).

---

(1) لاحظ: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث في الأوصاف و الحوالة و الإنقضاء، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1958، ص993

ويرى أحد الفقهاء[1] أن إيراد المشرع لنص المادة (547) هو من قبيل التكرار وكان بإمكانه الإكتفاء بما ورد في المادة (179) في باب الإلتزامات لبيان تبعة الهلاك، ونحن نتفق مع هذا الرأي لأن في هذه المادة ضمان عام تلزمها نظرية الإلتزام بصورة عامة. كما ويرى أحد الفقهاء[2] أن المشرع العراقي قد خلط في المادة (547) بين التسليم والتسلم (القبض)، ووضع الفرق بينهما قانونا بأن التسليم هو إلتزام على البائع، في حين أن التسلم هو إلتزام على المشتري، وينبغي أن تبرأ ذمة البائع من كل مسؤولية عن هلاك المبيع من لحظة إتمامه إلتزامه بالتسليم، ومن بعد ذلك يتحمل المشتري إلتزامه بالتسلم وهو مسؤول عن إخلاله بهذا الإلتزام.

وقد فرق هذه المادة بين الهلاك بقوة قاهرة وبين الهلاك بفعل البائع أو بفعل المشتري، فالبائع يكون ضامنا في حالة الهلاك الكلي للمبيع وبقوة قاهرة قبل التسليم، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه مما يترتب عليه وجوب إرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ويلزم البائع برد الثمن إلى المشتري إن كان قد قبضه، وهذا الحكم مطابق تماما مع أحكام الفقه الإسلامي[3]، أما في حالة هلاك المبيع هلاكا جزئيا قبل التسليم فيعطى الخيار للمشتري بين فسخ البيع والذي لا يقع بقوة القانون ومن تلقاء نفسه كما هو الحال بالنسبة للهلاك الكلي، بل لا بد من حكم قضائي أو إتفاق بين المتعاقدين للقول بفسخه، وبين إنقاص الثمن بما يقابل الهلاك الجزئي مع بقاء عقد البيع.

---

(1) د. جعفر الفضلي، مرجع سابق، ص101.

(2) أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، بحثه تحول اليد في القانون المدني، مرجع سابق، ص226، الهامش رقم (20).

(3) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1417هـ 1996م، ص415.

أما إذا حصل الهلاك سواء أكان جزئيا أو كليا قبل التسليم بسبب خطأ إرتكبه المشتري تحمل تبعة هلاك المبيع في هذه الحالة، المشتري نفسه[1] وقد إعتبر الفقه الإسلامي المشتري في هذه الحالة بحكم المستلم للمبيع[2].

ويجدر بالذكر أن يد المالك القديم للشيء قبل تسليمه إلى مالكه الجديد تمثل إحدى حالات تحول يد الملك إلى يد ضمان وذلك بنص القانون، وقد أكد المشرع العراقي ذلك وذلك في المادتين (547) والمادة (428) منه حيث يؤكد المشرع من خلالهما أن يد المالك القديم تتحول إلى يد ضمان، إلى أن يتم تسليم الشيء إلى مالكه الجديد[3].

ويلاحظ أن اليد لو بقيت كيد ملك أو تحولت إلى يد ضمان فالنتيجة واحدة فيما يتعلق بتبعة الهلاك، ففي كلتا الحالتين يهلك الشيء على المالك القديم، لكن الشيء عندما يهلك على المالك فسببه القاعدة المعروفة أن الشيء يهلك على مالكه، لكن عندما يهلك الشيء الذي في حوزته عليه، بعد تحول صفة يده من يد تملك إلى يد ضمان، إنما بسبب أن يد الضمان ضامنة في كل الأحوال ولو بدون تعدٍ أو تقصير من صاحبها[4].

وإذا أردنا أن نوضح مفهوم يد الضمان في ضوء المادة (427) من القانون المدني العراقي، يجب أن يحوز البائع هنا المبيع بقصد تملكه لإيجاب الضمان عليه وتحول يده من يد ملك إلى يد ضمان، الا أن البائع لا يحوز المبيع بقصد تملكه،

---

(1) لاحظ: د. جعفر الفضلي، مرجع سابق، ص103.

(2) الشيخ علي الحفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص415.

(3) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، تحول اليد في القانون المدني، مرجع سابق، ص(266-268)، و د. ليلى عبدالله سعيد و د. أكرم محمود حسين، تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص145.

(4) لاحظ: المادة (426) مدني عراقي، و لاحظ أيضا: د. محمد سليمان الأحمد، تحول اليد في القانون المدني، مرجع سابق، ص267.

وهذا القصد منعدم في عقود البيع، مما يؤكد أن يد الضمان في عقد البيع هي إستثناء من الأصل[1].

مما يؤكد لنا أن القصد المدني لا يؤدي فيه دورا لأن هذه الحالة تحول بنص القانون، فضلا عن حسن نية البائع، والذي لا يقصد التعدي على حق الغير، ألا أن هناك حالات تتحول فيها يد البائع إلى يد أمانة بعد أن كان يده يد ضمان.

ويمكن إجمال الحالات التي يتحول فيها يد الضمان إلى يد أمانة في أربع حالات وهي:[2]

قيام سبب قانوني لحبس الشيء:

و هذا ما أكدته المادة (428) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه: (إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان، وتنقلب يد أمانة إذا إمتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس)، علما أن المشرع العراقي قد نص على حق الحبس للضمان من خلال نصوص مواد كثيرة منها نص المادة (280) التي نصت على أنه: (1- للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع ثمن الحال...)؛ كما أن المادة (577) من القانون المدني يجيز للبائع حبس المبيع عن المشتري إلى أن يستوفي ما هو حال من الثمن، وتجيز الفقرة الثانية من المادة (579) للبائع أن يحبس المبيع حتى لو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن، إذا أضعف المشتري ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن.

الإعذار:

فإذا قام البائع بإعذار المشتري لتسلم الشيء المملوك تتحول يده من يد ضمان إلى يد أمانة في المادة (547) من القانون المدني العراقي تأكيد على تحول اليد من يد ضمان إلى يد أمانة بإعذار المشتري.

---

(1) د. ليلى عبدالله سعيد و د. أكرم محمود حسين، مرجع سابق، ص145

(2) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، تحول اليد في القانون المدني، مرجع سابق، ص(280-284)

وجود إتفاق بين الطرفين بتحول يد المدين من يد ضمان إلى يد أمانة:

فمن المعلوم أن النصوص التي تحدد طبيعة اليد على ملك الغير ليست آمرة لذا يجوز أن يتفقا على ما يخالفها وذلك بأن يتحمل المشتري تبعة هلاك الشيء الذي تحت يد البائع قبل التسليم وذلك إستنادا إلى نص المادة (229) من القانون المدني العراقي.

هلاك الشيء بفعل الدائن:

هذه الصورة تمثل إحدى الحالات التي تقطع العلاقة السببية لقيام سبب أجنبي متمثل بخطأ المتضرر، وذلك حسب الفقرة (2) من المادة (547) من القانون المدني العراقي.

ثانيا: إنتقال الحيازة بنفس صفتها:

يقصد بإنتقال الحيازة من حائز إلى آخر أن تكون الحيازة في هذا الإنتقال حيازة متصلة، لا تنقطع اللاحقة منها عن السابقة، فالحيازة اللاحقة لا تشكل حيازة جديدة قائمة بنفسها، بل هي تستند في وجودها على وجود حيازة سابقة وتكملها وتعتبر امتداداً أو استمراراً لها، وهذا الإرتباط ما بين الحيازتين السابقة واللاحقة، يجعل من مسألة ضم مدة الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة أمراً ممكناً وجائزاً، والسبب في ذلك يعود إلى أن الحيازة السابقة لا تنقضي حتى نقول بأن الحيازة اللاحقة هي حيازة جديدة، إنما تجد الحيازة السابقة إستمراريتها وديمومتها في الحيازة اللاحقة[1].

---

(1) لاحظ: د. حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، دار أبو المجد، 1993، ص(290، 291).

وبقاءاً على ذلك فإن هنالك حالات لا تعد إنتقالاً للحيازة وبالتـالي لا تخضـع لأحكامها وإنما لها أحكام خاصة ويمكن إجمالها بما يأتي:

أولاً: حيازة المنقول إبتداءاً عن طريق الإستيلاء يخرج عن نطـاق موضـوع إنتقال الحيازة، والسبب في ذلك يعود إلى أنه لا يوجد في الإستيلاء إنتقال للحيازة، لأنه لم يكن هناك حائز قبله بل هو أول من حاز المنقول المباح والذي لا مالك لـه بقصد تملكه[1]، حتى لو كان المنقول قد سبق لشخص آخر تملكه ثم تخلـى عنـه بقصد النزول عن ملكيته، فإنه لا يصلح إنتقالاً للحيازة، لأن الإستيلاء ينتج عنه بدء حيازة جديدة منفصلة عن أي حيازة سابقة[2].

ثانيا: إغتصاب الحيازة من الحائز وسلبها منه بالإكراه لا يعتبر إنتقالاً للحيازة، وذلك لأن الحيازة الجديدة لا تعتبر إمتداداً للحيازة السابقة، فالعلاقة بين الحيـازتين القديمة والجديدة منقطعة تماماً وذلك لأن المغتصب أو منتزع الحيـازة بـالإكراه يبتديء حيازة جديدة مستقلة عن الحيازة القديمة، ولا تعتبر إستمراراً لها، وبالتالي لا يجوز أن تضم إلى مدتها مدة الحيازة القديمة[3].

ويتم إنتقال الحيازة عن طريق الإستخلاف، فتنتقل الحيازة مـن السـلف إلـى الخلف، والمقصود بالخلف هو كل من يحل محل السلف فـي الحيـازة إتفاقـاً أو قانوناً[4].

---

(1) لاحظ: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص876.

(2) لاحظ: د. حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية، مرجع سابق. ص291

(3) لاحظ: د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص291

(4) لاحظ: القاضي محمد عبداللطيف، الحيازة وآثارها في التقنين المدني المصري، 1951، ص56

والخلف قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هنالك فوارق كبيرة فيما يتعلق بإنتقال الحيازتين، مما يقتضي منا أن نبين كيفية هذا الإنتقال إلى الخلف العام أولاً والخلف الخاص ثانياً.

أولاً: إنتقال الحيازة للخلف العام:

الخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها كالوارث الوحيد أو في جزء شائع منها كالوارث مع غيره أو الموصي له بحصة شائعة(1).

وحيازة الخلف العام هو إستمرار لحيازة السلف، مما يجعله غير قادر على أن يستهل حيازة جديدة مستقلة عن حيازة سلفه، ولما كانت حيازته تعد إستمراراً لحيازة السلف، فهي تنتقل إليه بنفس صفاتها التي كانت عليه عند السلف فليس له من الحقوق أكثر مما كان لسلفه(2).

وتنتقل هذه الحيازة إلى الخلف العام بمجرد موت المورث، دون حاجة إلى تسلم المال تسليماً فعلياً ومادياً بخلاف الرأي الذي يرى بأن إنتقال الحيازة واقعة مادية لا تقبل الإنتقال، فلا يحصل عليها الخلف العام إلا إذا تسلم المال فعلاً، وإنما الذي ينتقل إلى الخلف العام هي مزايا الحيازة من خلالها يستطيع الحائز أن يحمي حيازته بدعاوي الحيازة وإمكانية تملكها بالتقادم، وهذه المزايا من شأنها أن تقوي هذا الحق وتدفع عنه الإعتداء(3).

وقد يحوز السلف الشيء وتتسم حيازته بصفات أو خصائص معينة، منها: أن تكون حيازته حيازة عرضية أو حيازة أصلية أو أن تكون مشوبة بعيب من عيوب

---

(1) لاحظ: محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، هامش رقم (1)، ص213.

(2) لاحظ: القاضي محمد عبداللطيف، مرجع سابق، ص(56، 57).

(3) أوبري ورو، الجزء الثاني، ص135، فقرة 181 وهامش رقم (2)، نقلاً عن: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، الهامش رقم (1)، ص878.

الحيازة كاللبس والغموض أو الإكراه، أو أن يكون حائزاً بحسن نية أو بسوء نية، ومن ثم فإن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بنفس هذه الصفات.

ولما كانت حيازة الخلف العام لا تشكل حيازة جديدة كما أسلفنا القول فتكون بنفس صفات حيازة السلف، فإذا كانت حيازة السلف عرضية، فإن الخلف العام يعتبر حائزاً عرضياً أيضاً، فلا تنتقل إليه كحيازة أصليه بل وإنما إذا أراد أن يغير من حيازته العرضية إلى حيازة أصليه عليه الإلتجاء إلى أحد الوسيلتين الذين تتغير بهما الصفة العرضية لحيازة الوارث وهما فعل يصدر من الغير، أو فعل يصدر من الوارث أو ينكر به حق المالك[1]، وإذا كانت حيازته مشوبة بأي عيب من عيوب الحيازة فلا يزول هذا العيب بإنتقاله للخلف العام، بل إنها تنتقل مشوبة بهذا العيب.

أما فيما يخص توضيح الدور الذي يؤديه كل من تعدى وتعمد السلف في إنتقال الحيازة للخلف العام، نجد أن السلف إذا كان سيء النية أي يعلم أنه يعتدي على حق الغير، بعبارة أخرى، يكون على علم ويقين بالعيب الذي يعتور حيازته ومع ذلك إتجه إرادته إلى كسب الملكية بالحيازة فإنه وخلافاً للأصل العام الذي يقضي بأن الأصل حسن النية فإن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام مقترنة بسوء النية ويعتبر الأخير سيء النية أيضاً، فإذا ما أراد أن يكسب الملكية، فإن حسن النية وعدم علمه بأن حيازة سلفه يشكل إعتداءاً على حق الغير لا يفيده شيئاً في إكتساب الحق بالتقادم الخمسي المكسب ولكن في إستطاعته أن يضم إلى حيازته مدة وضع يد سلفه السيء النية فيكسب الملكية بوضع اليد بمضي المدة الطويلة أي يتملكه إلا بمقتضى التقادم الطويل، وبخلافه فإذا كانت حيازة السلف مقترنة بالسبب الصحيح وحسن النية، فإن للخلف العام أن يتمسك بحيازة سلفه حتى ولو كان الخلف

---

(1) لاحظ: المادة (1160) من القانون المدني العراقي والتي تقتضي بأنه ((1- ليس لأحد أن يحتج بالتقادم على خلاف مقتضى سنده، فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته، والأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة 2-ولكن يستطيع أن يحتج بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بمعارضة منه هو لحق المالك، ولا يبدأ سريان التقادم في هذه الحالة إلا من تأريخ هذا التغيير)). موافقة للمادة (972) مدني مصري.

سيء النية يعلم أن حيازة سلفه يشكل إعتداءاً على حق الغير، لأن العبرة بحسن نية السلف وقت تلقي الحق[1].

إن كل ما ذكرناه آنفاً يشكل توضيح المقصود بإنتقال الحيازة بنفس صفاتها إلى الخلف العام، وهو كفيل بأن يوضح مسلك المشرع العراقي فيما يخص تحديد إطار موضوع إنتقال الحيازة إلى الخلف العام، وإعطائه المعالجة القانونية الصحيحة، وإبراز الحدود والأبعاد الذي يتخذه القصد المدني فيما يتعلق بالموضوع، لأن مما لا شك فيه أن الحيازة قد تكون بحسن نية أو بسوء نية، ويحتفظ الحيازة بهذين الصفتين ويلازمانها منذ إبتداءها حتى إقامة الدليل على عكس ذلك، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (1148) على ذلك والذي جاء فيها: ((وتبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت وقت كسبها، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك)[2]، وبالرجوع إلى القاعدة العامة الواردة في هذا الخصوص فإنه لا يطلب من الحائز أن يثبت حسن نيته لأن حسن النية مفترض دائماً من لم يقم الدليل على خلاف ذلك من قبل خصمه يثبت أن الحائز سيء النية، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (1148) من القانون المدني العراقي على أنه: ((يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، وحسن النية يفترض دائماً، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك))[3]، والسبب في إفتراض المشرع لحسن نية الحائز، يكمن في تسهيل الإثبات في مسائل معقدة تتعلق بالنوايا الخفية[4] هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أخذاً بالغالب الراجح الذي يقضي بأن المالك في أغلب الأحيان هو الذي يحوز الشيء المملوك له، أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق عليه، مما يضع الحائز

---

(1) لاحظ: القاضي محمد عبداللطيف، مرجع سابق، ص57 و د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها، مصادرها)، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2006، ص(422، 423).

(2) تقابلها المادة (967) من القانون المدني المصري.

(3) تقابلها الفقرة الثالثة من المادة (965) مدني مصري.

(4) لاحظ: د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، تنقيح المستشار محمد على سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2004، ص56.

مركز المدعي عليه والمالك الحقيقي في مركز المدعي ويقع عليه عبء إثبات سوء نية الحائز[1].

على أن المشرع العراقي في حالة معينة قد خرج عن هذا الأصل العام وسلك مسلكاً مغايراً، وإفترض في الخلف العام سوء النية، فيتعين عليه أن يقيم الدليل على أنه حسن النية، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (1149) على أنه: ((تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها على أنه إذا أثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بذلك ولو كان سلفه سيء النية)).

حيث أكد المشرع في هذه المادة على إنتقال الحيازة من السلف إلى الخلف العام بنفس صفاتها وبقوة القانون، فإذا كان السلف سيء النية، يعتبر الخلف كمورثه سيء النية أيضاً، لكن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس، فإذا أراد الخلف العام أن يثبت حسن نيته، يقع عليه عبء إقامة الدليل لإثبات ذلك[2].

وبإعطاء المشرع هذه الفرصة للخلف العام لإثبات حسن نيته، يكون قد خرج عن القاعدة التي تقضي بأن حيازة الخلف العام هو إمتداد لحيازة السلف، فإفساح المجال هذا يعتبر مظهراً من مظاهر إستقلال حيازة الخلف العام عن حيازة سلفه، فقد كان مقتضى إنتقال الحيازة بصفتها إلى الخلف العام أن يبقى الأخير سيء النية متى كان سلفه سيء النية، والأصل أنه لا يمكن أن يثبت حسن نيته متى ثبت سوء نيته في وقت سابق، والسبب وراء إجازة المشرع هذا يكمن في أنه إعتبر حيازة الخلف مستقلة فيما يتعلق بصفة حسن النية أو سوئها عن حيازة السلف، مما يضع الخلف العام في موضع المستفيد، لأنه إذا أثبت حسن نيته بأقامة الدليل على أنه كان

---

(1) لاحظ: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص(866، 867).

(2) لاحظ: د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص213

يجهل حيازة سلفه تنطوي على إعتداء على حق الغير فإنه يستفيد من الآثار التي تترتب على إثباته لحسن نيته كتملك الثمار[1].

نستخلص من كل ذلك أن الحيازة تنتقل للخلف العام بنفس صفاتها وبقوة القانون، فهو إمتداد لحيازة السلف وتنتقل إلى الخلف العام بنفس صفاتها إلا أن هذا الموقف من قبل المشرع صاحبه تلطيف من حكم هذه القرينة القانونية البسيطة التي تقبل إثبات العكس وأفسح الطريق للخلف العام لإثبات حسن نيته بعيداً عن حيازة سلفه حيث يكون بإمكانه أن ينتفع بالآثار التي تترتب على حسن النية كتملكه للثمار، ومن هنا نقطة الإنطلاق للتعرف على أدوار القصد المدني المتنوعة، فقد رأينا أن الخلف العام تنتقل إليه الحيازة مقترنة بسوء النية، مع أن نية التعمد والإعتداء على مال الغير كان متوفراً لدى السلف دون الخلف العام، لكن إذا ما نجح الأخير في إثبات حسن نيته بإقامة الدليل على جهله بخصوص قيام سلفه بالإعتداء على حقوق الغير، فإن قصده المدني الحسن هذا يؤدي به إلى كسب ملكية الثمار، ويظهر بالتالي دور القصد المدني في إنتقال الحقوق في الحيازة بشكل عام، وفي إكتسابها أيضاً كما في تملك الثمار.

ثانياً: إنتقال الحيازة للخلف الخاص:

إذا ما أردنا أن نعرف الخلف الخاص بمعناه الفني المعتاد، فهو من يتلقى عن السلف حقاً معيناً بالذات، كالمشتري والموصي له والموهوب له بعين معينة[2].

أما إذا أردنا أن نعرفه فيما يتعلق بالحيازة، فله معنى يختلف عن معناه الفني، وهو كل حائزٍ نشأت بينه وبين سلفه علاقة قانونية أدت إلى إنتقال الحيازة، سواء

---

(1) لاحظ: د. حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص(292، 293)، والمادة (1165) من القانون المدني العراقي تقابلها الفقرة الأولى من المادة (978) مدني مصري.

(2) لاحظ: محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مرجع سابق، الهامش رقم (4)، ص213.

أكان هذا الإنتقال قد تم بناءاً على إلتزام السلف بتسليم الشيء، أو كان بناءاً على إلتزام بالرد ناشيء عن فسخ سنده أو إبطاله أو الرجوع فيه[1].

إن إنتقال الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص مختلفة تماماً في جوهرها عن إنتقالها الخلف العام، فكما أسلفنا القول إن حيازة الخلف العام هي حيازة متصلة ويعد إستمراراً لحيازة سلفه، بعكس حيازة الخلف الخاص التي توصف بأنها جديدة مستقلة عن حيازة سلفه، لذلك فهي تتميز بصفات تغاير تماماً صفات حيازة السلف، بالإضافة إلى ذلك فإن إنتقال الحيازة للخلف العام قد تم بقوة القانون، بينما إنتقاله للخلف الخاص يتم بالإتفاق بينهما على نقلها من السلف إلى الخلف الخاص، فالأمر متروك لإرادتهم، ووفقاً لذلك، فإن الخلف الخاص يستمد حقه من سنده الذي صدر إليه من سلفه، بينما الخلف العام يستمد حقه من سند سلفه، مما أدى إلى نشوء إختلاف في المركز القانوني لكل منها، مما يترتب عليه عدم تقيد الخلف الخاص بحيازة سلفه ويأخذ مصلحته بعين الإعتبار في ضم حيازة سلفه إلى حيازته أم لا، فهو يضمها إلى حيازته إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإن لم تكن له مصلحة فيطرحها ويكتفي بحيازته هو[2].

فقد تكون حيازة السلف مقترنة بسوء النية، ومع ذلك يكون الخلف الخاص حسن النية في حيازته، فبغض النظر عن سوء أو حسن نية السلف، يجب أن نرجع إلى القاعدة العامة في شأن الخلف الخاص وإفتراض حسن النية فيه إلا أن يثبت العكس من قبل صاحب الحق[3].

---

(1) لاحظ: د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص423

(2) لاحظ: د. نبيل إبراهيم سعيد. مرجع سابق، ص(422، 423).

(3) لاحظ: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص892

فقد تكون من مصلحة الخلف الخاص فصل حيازته عن حيازة السلف، والتمسك بحيازة سلفه وحدها، وقد تكون له مصلحة في أن يضع حيازة سلفه جانباً ويتمسك بحيازته هو فقط، ويكون ذلك عادة إذا كانت الحيازة الأولى بسوء نية والثانية بحسن نية[1].

أما فيما يتعلق بالتنظيم التشريعي للموضوع، فقد فصل المشرع فيه وقت التفصيل الذي سبق أن ذكرناه، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (1149) من القانون المدني العراقي بشأن ضم حيازة السلف إلى الخلف العام أو الخاص على ما يلي: ((ويجوز للخلف، عاماً كان أو خاصاً، أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون من أثر))[2] مما يلاحظ على النص أنه أعطى الخيار للخلف الخاص لكي يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر، أو أن يفصل بين حيازته وحيازة سلفه، ويتمسك بأحداهما دون الأخرى، وذلك تبعاً لمصلحته، فهي بعكس حيازة الخلف العام لا تنتقل بقوة القانون ((إذا ما قرر ضم حيازة سلفه إلى حيازته تعتبر حيازته إمتداداً لحيازة سلفه، وذلك يمثل خروج المشرع في مجال ضم الحيازة التي تقتضي بإستقلالية حيازة الخلف الخاص عن السلف وأن تكون لكل منهما آثارها القانونية الخاصة.

---

(1) لاحظ: د. حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق، ص(296، 297).

(2) تتفق مع حكم الفقرة الثانية من المادة (955) مدني مصري.

الفصل الرابع
أحكام ضمان اليد وتطبيقاته

مما لاشك فيه أن الشريعة الاسلامية قامت على جلب المصالح ودرء المفاسد عن الناس ، ولطالما عملت على تحقيق هذا المبدأ ، حيث اهتمت بازالة الضرر الحاصل ورفعه، فتعويض المضرور عما أصابه من ضرر أمر يحتمه روح الشريعة الاسلامية القائمة على العدالة وقد حظيت الاموال فيها بالعناية والحماية المطلوبتين، وقد ورد في القرآن الكريم العديد من الآيات والتي تؤكد مبدأ احترام حق الملك منها قوله تعالى ((يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا))[1] كما وان السنة النبوية الشريفة لم يخل من الاهتمام بالمال فقد قال رسول الله (ص) ((لايحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه))[2] فقد نالت الاموال من الاهتمام ما نالته حرمة دم الانسان وعرضه وقد جاء هذا الفقه بالعديد من القواعد الفقهية التي تفيد وجوب رفع الضرر وازالته منها ، قاعدة (الضرر يزال)[3] وهي من القواعد الفقهية التي تستقيم مع روح الشريعة الاسلامية وتفيد ايجاب الضمان على من احدث الضرر ورفع الظلم الناجم عنه فلو أتلف شخص

---

(1) النساء: 29.

(2) لاحظ : الصنعاني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، ج3 ، مرجع سابق ، ص80 و353.

(3) لاحظ: مجلة الاحكام العدلية المادة (921) والمادة (190) من القانون المدني العراقي ، والمادة (60) من القانون المدني الاردني.

مال آخر فليس للآخر أن يقوم بأتلاف مال الأول والا وجب على كل منهما الضمان ودفع التعويض جراء ما أصابهما[1].

وعليه سنقسم هذا الفصل الى مبحثين نخصص المبحث الأول منه لبيان أحكام ضمان اليد فيما نلقى الضوء في المبحث الثاني على تطبيقات قائمة على وجود قصد مدني سيء ويشمل الغصب وما في حكمه واللقطة والحيازة بسوء نية .

---

(1) وفي ذلك أيضا نصت المادة (216) من القانون المدني العراقي على أنه ((1-لاضرر ولاضرار . والضرر لايزال بمثله وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم ،2- فلو أتلف أحد مال غيره في مقابل اتلاف هذا لماله كان كل منهما ضامنا للآخر ما أتلف....)).

المبحث الاول
أحكام ضمان اليد

لقد سلك الباحثون والكتاب فيما يتعلق بموضوع ضمان اليد طرقا مختلفة ، وأن التصدي لهذا الموضوع يبقى غير مكتمل المعالم مالم نقم بتناول وتوضيح جميع ماله علاقة بهذا الموضوع ، فليس من السهل التوصل الى معرفة هذه الأحكام خصوصا وان لليد أركان ، كما وانه يخلف من ورائه أثرا متمثلا في انشاء التزامات على عاتق الطرفين لابد من أن يقوما بالايفاء بها ، وقد يخلف هذه الالتزامات تغيرات طارئة على اليد فنكون أمام ما يعرف بتحول اليد أو تغيير صفة وضع اليد ، كما وأن ضمان اليد حالة مؤقتة ، فهو محكوم بالزوال والانقضاء ، وانطلاقا مما سبق يشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، نتناول في المطلب الأول أركان تضمين اليد ، ونخصص المطلب الثاني لأثر تضمين اليد ، ونبحث في المطلب الثالث الحالات التي ينقضي فيها تضمين اليد .

المطلب الاول
أركان تضمين اليد

ان تناول فقهاء الشريعة الاسلامية لموضوع أركان الضمان قد جاء بشكل عام ، وذلك عن طريق معالجة أحكام الضمان والتطرق لأركانه سواء أكان مصدره العقد أو اليد أو الاتلاف ، دون تبويب لأركان أو أحكام كل منهم على حده وبشكل مستقل، أما بخصوص المعالجة القانونية للموضوع ، فنجد بحوثا لاتتعدى أصابع اليد بهذا الخصوص ، لابل تكاد تكون معدومة تعتمد بشكل أساس على ما هو متاح في الفقه الاسلامي بخصوص هذا الموضوع.

هنالك محاولات أجريت من قبل بعض الفقهاء (1) لأكتشاف مصدر جديد للالتزام ، وقالوا بأن وضع اليد (الحيازة) يشكل المصدر السادس للالتزام ، وقد اعتمدت في بناء وجهة نظرها هذا على أن الحيازة المنظمة في القوانين هي حيازة ملك ، ولاتوصف هذه اليد بأنها وضع اليد على ملك الغير ، وأن موضوع الحيازة يندرج أصلا تحت يد الملك ولايتعداه ليد الامانة أو يد الضمان ، وكما وتضيف أن القوانين المدنية لم تنظم حكم اليد اذا كانت الحيازة المادية لحق عيني غير حق الملكية كحيازة المنتفع للعين المنتفع بها ، وحيازة المرتهن للمرهون ، بل انما اكتفت ببيان كيفية تملك الحائز أو كسبه حقا عينيا آخر على الشيء المحاز فقط ، فمواد الحيازة قد جاءت لحماية يد الملك وليس له علاقة بمسائل يد الامانة أو يد الضمان وبالتالي لايدخل ضمن نظرية ضمان اليد .

ونحن لانتفق مع هذا الرأي لأن للحيازة معنى يختلف عن معنى الملكية (2) لذا هنالك فارق بين الحائز والمالك فقد يضع الحائز يده على الشيء المحوز دون أن يكون مالكا له ، كما وان الحيازة ليست دائما حيازة ملك بل هي دليل أو قرينة على الملكية (3) فالحيازة مجرد وضع واقعي يتمثل في مباشرة الحائز السيطرة الفعلية على الشيء، و سواء أكان صاحب حق أم غير صاحب الحق كما لوكان هو مالكه، ولو أن في الغالب يكون الحائز هو صاحب الحق على الشيء وذلك حين يكون الشيء في يد من يملكه أو من يكون له حق عيني آخر عليه ، فيعد كل من السارق

---

(1) د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص37-38.

(2) حدد المشرع العراقي الملكية في المادة (1048) من القانون المدني والتي نصت على أن ((الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارهاونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة)) . لاحظ للتفاصيل: أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة في القانون بالحيازة في القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ، ص44.

(3) لاحظ: محمد عبداللطيف ، مرجع سابق ، ص1. و د. رضا محمد ابراهيم الشاذلي ، مرجع سابق ، ص144-145.

والغاصب أو من يعتقد خلافا للواقع أنه صاحب الحق حائزا مادام يمارس سيطرته الفعلية على الشيء ، ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب أي حق عيني آخر[1].

كما وأن اتجاه المشرع العراقي منتقد من حيث تنظيمه لأحكام اليد في الباب الخاص باستحالة تنفيذ الالتزام بل كان من المحتم عليه تنظيمه في باب الحيازة [2].

ومما سبق قوله نستخلص أهمية الحيازة ودورها في تحديد عناصر وضع اليد ، فالحيازة ووضع اليد بمعنى واحد ، فوضع اليد الموجود في الفقه الاسلامي على صلة وثيقة بالحيازة الموجودة في القانون المدني الا أن الاختلاف قد يكون في الآثار ، فقد يترتب على الحيازة غير المشروعة والتي يكون مصدرها الغصب في القانون كسب الملكية بالتقادم الطويل بينما الشريعة الاسلامية لاتقر بذلك [3].

وكما هو معروف فأن وضع اليد على ملك الغير هو انفصال الحيازة عن الملك مما يستلزم انتقال المال الى يد غير المالك ، كما وأننا بصدد تحمل تبعة الملك في حالة هلاك الشيء مما يتطلب الامر وجود شيء مادي يضعه الشخص تحت سيطرته الفعلية كما وان وضع اليد (الحيازة) تستلزم سيطرة فعلية ، ويمكن استخلاص عناصر كل مصطلح من خلال تعريفه وماهيته ، ونحن تناولنا بدورنا تعريف يد الضمان التي هي كل يد على ملك الغير يستخدم صاحبها سلطات المالك عليه دون مبرر قانوني أوشرعي[4] وبهذه الصياغة نصل الى أن الاركان العامة لليد ثلاثة وهي 1- شيء مادي مملوك 2- وضرورة وجود الشيء تحت يد الغير 3- السيطرة الفعلية لليد ، ونتناولهما تباعا :

---

(1) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد ، مرجع سابق ، ص44.

(2) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد ، المرجع السابق نفسه ، ص85.

(3) لاحظ: المستشار أنور طلبة ، التقادم ، المكتب الجامعي الحديث ، ص511 .

(4) لاحظ: د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ، ص90.

أولا: شيء مادي مملوك

ان المقصود بهذا العنصر أو الركن هو قابلية المال لوضع اليد [1] بعبارة أخرى صلاحية المال أن يكون محلا لوضع اليد أو ثبوت الملك فيه[2] وبالتالي قابليته للتسلط والاقتضاء[3].

مما يعني ان القيام بعمل أو الامتناع عن عمل لايصلحان كمحل ليد الضمان. ولأن وضع اليد يستلزم وجود شيء والتمييز بينهما نظرا للخلط الذي وقع فيه جانب من الفقه بين المال والشيء ، فتعريف المال بالشيء هو اتجاه منتقد ، نظرا لعدم توافقه مع المنطق القانوني الدقيق[4] ذلك لأن المقصود بالمال هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان نوعه سواء أكان حقا شخصيا أم عينيا أم حقا ذهنيا أو فكريا ، في حين أن الشيء هو مايصح أن يكون محلا للحقوق المالية ، بمعنى آخر ، هو موضوع الحق ذو القيمة المالية[5] ولكي يكتسب الشيء صفة المال ينبغي الا يكون خارجا عن دائرة التعامل بل قابلا للتعامل فيه ، وقد يخرج الشيء عن التعامل بحكم طبيعته أو بحكم القانون [6].

---

(1) لاحظ: د. محمد سعود المعيني ، النظرية العامة للتقادم في الفقه الاسلامي ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1989، ص46.

(2) لاحظ: ناصر جميل محمد الشمايلة ، كسب ملكية المضمونات بالضمان ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان 1998 ، ص138.

(3) لاحظ: د. نبيل ابراهيم سعد ود. همام محمد محمود زهران ، المدخل للقانون -نظرية الحق- منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002 ، ص239.

(4) لاحظ: د. رضا محمد ابراهيم الشاذلي ، مرجع سابق ، ص54-55 ، وقد عرف القانون المدني العراقي المال (65) منه بأنه ((هو كل حق له قيمة مادية)).

(5) لاحظ: د. رمضان محمد أبو السعود و د. همام محمد محمود زهران ، مبادىء القانون – المدخل للقانون و الالتزامات ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، 1998، ص 275-276.

(6) للتفاصيل لاحظ: د. سلمان بو نياب ، المبادىء القانونية العامة ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات وللنشر و التوزيع ، بيروت 1415ه ، 1995م ، ص77-78 ، وقد نصت المادة (61) من القانون المدني العراقي على أن ((كل شيء لايخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية)) تقابلها المواد (81) مدني مصري و (54) مدني أردني .

أما بخصوص أنواع الاشياء فقد تكون مادية أو غير مادية أي معنوية ، أما المقصود بالاشياء المادية ما يكون له حيز مادي محسوس ، أي يقع تحت الحواس ، وبخاصة حاسة اللمس كالأرض والبناء والمركبات والملبوسات والمأكولات ، وهي التي تكون محلا للحقوق العينية [1] أما الاشياء المعنوية فهي ماليس بعين مادي في الوجود الخارجي[2] وقد أفرزها تقدم الفكر البشري وازدهار الصناعة والتجارة وهي مالاتقع تحت الحواس ، ولكن تبادل الناس لها يكون من خلال التصور الذهني لها كالرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية ، وهي كما في الحقوق عموما مستقرها في ذمة الانسان وليس خارجها[3].

وبعبارة أخرى فأن الاشياء غير المادية تكون محلا للحقوق الذهنية [4] وللاشياء المادية تقسيمان مختلفة ، فتنقسم الى عقارات ومنقولات (قابلة وغير قابلة للاستهلاك ومثلية وقيمية وعامة وخاصة)[5] ولكل من هذه التقسيمات خواصه ويترتب على كل تقسيم منه آثارا خاصة في الفقه كما في القانون[6].

---

(1) لاحظ:د. نبيل ابراهيم سعد و د. همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص239.

(2) لاحظ: د. مصطفى احمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ، الجزء الثالث ، الطبعة السادسة ، 1946، ص231.

(3) لاحظ: المادة (70) من القانون المدني العراقي ، والتي أشارت الى الاشياء غير المادية أي الاموال المعنوية ، تقابلها المادة (86) من القانون المدني المصري ، للتفاصيل أكثر حول هذا الموضوع لاحظ: د. سلمان بو ذياب ، مرجع سايق ، ص55-56. ود. نبيل ابراهيم سعدو د. همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص122-128.

(4) لاحظ: د. سلمان بو ذياب ، مرجع سابق ، ص78.

(5) وتناول هذه التقسيمات تخرج عن نطاق هذه الرسالة و لتفاصيل أكثر بشأنها لاحظ: د. مصطفى احمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، الجزء الثالث ، مرجع سابق ، ص223 ومابعدها .

(6) لاحظ: د. محمد يوسف موسى ، الاموال و نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، مدخل لدراسة الفقه وفلسفته ، دار الفكر العربي ، 1417 ه ، 1996م ، ص150-153.

ومن تقسيمات الحقوق المالية الحق العيني الذي يعرف بأن استئثار مباشر يتقرر لشخص ينصب مباشرة على شيء مادي معين [1] فهو (رابطة تسلط) ، بحيث تكون الصلة بين صاحب الحق العيني ومحل الحق مباشرة وبغير توقف على تدخل أحد لتمكينه من مباشرة هذه السلطات فمالك المنزل مثلا يستطيع أن يستعمله بسكناه ، كما وبأمكانه أن يستغله بتأجيره لغيره ، أو أن يتصرف فيه بالبيع والهبة وغيرها من التصرفات الناقلة للملكية [2] والحقوق العينية محددة في القانون على سبيل الحصر [3] ومادام الحق العيني يستلزم الاستئثار بشيء ، فلابد أن يكون محله شيء مادي ، ويكون لصاحب الحق وضع يد وحيازة مادية على الشيء المادي محل ذلك الحق ، ذلك أن الحيازة لايمكن تصورها الا بالنسبة للحقوق العينية بوصفها واردة على أشياء مادية [4].

والمقصود بالحق الشخصي أو الالتزام الرابطة التي تجمع مابين طرفي الالتزام، يكون بمقتضاها للدائن أن يطالب مدينه بأداء مالي معين ، كحق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة ، حيث يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع

---

(1) لاحظ: الفقرة الاولى من المادة (67) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه ((الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين)) ، تقابلها الفقرة الاولى من المادة (69) من القانون المدني الاردني.

(2) لاحظ: د. رمضان محمد أبو السعود ود. همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص198-199.

(3) فالحق العيني اما أن يكون أصليا أو تبعيا ، والحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر و حقوق المنفعة و الاستعمال و السكنى و المساطحة و حقوق الارتفاق وحق الوقف و حق الاجارة الطويلة ، أما الحقوق العينية التبعية فيتألف من حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازى و حقوق الامتياز لاحظ: المادة (68) من القانون المدني العراقي بفقرتيه الأولى و الثانية تقابها المادة (70) من القانون الاردني.

(4) لاحظ : د. نبيل ابراهيم سعد و د. همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص118-119.

بالعين، وبذلك فان تدخل المدين أمر ضروري لاستيفاء الدائن حقه ، ومحله عبارة عن القيام بعمل أو الامتناع عنه[1] .

أما بخصوص مدى امكانية ورود الحيازة عليها ، فان هذه الحقوق قد تكون سببا لوجود شيء مادي تحت يد الغير ، ومثاله المستأجر الذي يضع يده على العين المؤجرة بغرض الانتفاع به ، فلا يستطيع استيفاء هذه المنفعة مالم يضع يده علي الشيء ويجعله في حيازته وسيطرته الفعلية ويمارس أعمالا مادية لغرض الانتفاع به[2] كما وأن الديون لايمكن أن تكون محلا للحيازة ، بعبارة أخرى ، لايمكن أن يرد عليها وضع يد الغير ، الا في حالة ما اذا كان الدين ثابتا في سند لحامله ، فيندمج الدين في السند ذاته ، ويعامل معاملة المنقول ، فالحيازة في هذه الحالة يرد على السند المتضمن للدين [3].

أما بالنسبة للحقوق المعنوية أو الذهنية فتعرف بأنها الحقوق التي ترد على أمور معنوية ، فمحلها عبارة عن أشياء غير مادية غير محسوسة من نتاج الذهن والفكر، منها الملكية الصناعية والانتاج الفني والادبي[4]، وهذه الحقوق تعطي لصاحبها حق الاستغلال المالي كنتاج ذهن ، كما ويستطيع التصرف بها على هذا الاساس[5] ويختلف الحق الذهني عن الحق العيني في أن محل الحق العيني عبارة عن شيء

---

(1) لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، مرجع سـابق ، ص6 ، . والفقرة (1) من المادة (69) من القانون المدني العراقي تقابلها المادة (68) من القانون المدني الاردني.

(2) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد ، بحثها ضمان اليد و المسؤولية التقصيرية ، مرجع سابق ، ص19.

(3) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص61-62.

و د. نبيل ابراهيم سعد و د. همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص118-119.

(4) لاحظ : د. سليمان بو ذياب ، مرجع سابق ، ص55-56.

(5) لاحظ : د. رمضان محمد أبو السعود و د. همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص215.

مادي معين [1] ومن ثم لايترتب على الحقوق المعنوية أي وضع يد ، نظرا لمحله الذي هو عبارة عن شيء غير محسوس[2].

بقي أن نقول أن تناولنا لموضوع الحقوق المالية في القانون المدني من حق عيني وشخصي وذهني جاء من منطلق معرفة مجال هذه الحقوق ، وهل ترد على أشياء مادية وبالتالي تخضع للنظرية العامة لضمان اليد أم أن محلها أشياء معنوية كالقيام بعمل أو اعطاء شيء ولاتخضع بالتالي لأحكام ضمان اليد ، ووجدنا أن الحق العيني يمكن أن يرد عليه وضع اليد نظرا لأن محله عبارة عن شيء مادي معين ، كما وأن الحق الشخصي قد يكون سببا لوجود شيء مادي تحت يد الغير وبالتالي قابليته للحيازة ووضع اليد عليه ، أما الحقوق الذهنية أو المعنوية فلا يرد وضع اليد عليها لأن محلها شيء غير ملموس.

ومن ناحية أخرى يشترط في الشيء محل ضمان اليد أن يكون مملوكا ، ذلك لأن المال قد يكون غير مملوك لأحد ، ولكنه يصبح مملوكا لأول واضع يد عليه بطريق الاستيلاء ويطلق على هذه الحالة من المجموع من هذا الشيء تسمية الاشياء المباحة في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني [3] وهو اما أن يكون مباحا منذ البداية ، أو كان له مالك وتخلى عنه بقصد النزول عن

---

(1) لاحظ : د. مصطفى احمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، الجزء الثالث ، مرجع سابق ، ص21، الهامش رقم (1).

(2) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص62.

(3) لاحظ : محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص25. و المادة (1089) من القانون المدني العراقي التي تنص على أن ((كل من أحرز بقصد التملك منقولا مباحا لامالك ملكه)) تقابلها المادة (1076) من القانون المدني الاردني ، و المادة (870) من القانون المدني المصري.

ملكيته [1] ،ولا يتصور حدوث الاستيلاء الا في المنقولات ، اما العقارات فيبقى دائما مملوكا للدولة أو للافراد [2].

وبذلك نصل الى ان الاستيلاء يخرج من نطاق نظرية ضمان اليد ، لأن محله مال مباح لا مالك له ، أو كان له مالك تخلى عنه بقصد النزول عن ملكيته ، ومن ثم فأن من يضع يده عليه يصبح مالكا له بالاستيلاء الذي هو أحد أسباب كسب الملكية ابتداءا ، ومن ثم لانكون أمام وضع يد على ملك الغير.

وقد أورد احد الفقهاء [3] قاعدة عامة في هذا الصدد مفادها أن ما لايجوز تملكه لايخضع لأحكام ضمان اليد وتخرج عن نطاقه .

ثانيا: وجود الشيء تحت يد الغير

يقتضي هذا الموضوع بيان مفهوم كل من الأمانة والشيء المضمون ويمكن أيضا إستنباط مفهوم الأمانة من خلال نص المادة (950) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه: (1- الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد بإذن من صاحبه حقيقة أو حكما لا على وجه التمليك وهي إما أن تكون بعقد إستحفاظ كالوديعة، أو ضمن عقد كالمأجور والمستعار أو بدون عقد ولا قصد كما لو ألقت الريح في دار شخص مال أحد. 2- الأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أم لا، وإنما يضمنها إذا هلكت بتعد أو تقصير منه).

و قد وردت في المادة (762) من مجلة الأحكام العدلية الأمانة، فقد نصت على أنه: (الأمانة هي الشيء الذي يوجد عند الأمين سواء أكان أمانة بعقد إستحفاظ كالوديعة، أو كان أمانة من ضمن عقد آخر كالمأجور والمستعار، أو دخل بطريق

---

(1) نصت المادة (1104) من القانون المدني العراقي على أنه ((يصبح المنقول مباحا اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته)) لاحظ : د. رضا محمد ابراهيم الشاذلي ، مرجع سابق ، ص117.

(2) لاحظ : د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص26.

(3) لاحظ : د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ،ص65.

الأمانة في يد آخر بدون عقد ولا قصد، كما لو ألقت الريح في دار أحد مال جاره، فحيث كان ذلك بدون عقد لا يكون وديعة بل أمانة فقط).

وإذا ما قورنت هذه المادة بالمادة (950) من القانون المدني العراقي يتبين بما لا يقبل الشك أنها منقولة من المادة (762) من المجلة لكن مع بعض التعديل.

وقد تضمنت المادة (950) من القانون المدني العراقي الكثير من الأحكام الخاصة بالأمانة مما حدى بإحدى فقهاء القانون المدني[1] إلى دراستها واستخدامها وذلك بجمعها في عدة نقاط وهي:

إن مصادر الأمانة هي التصرفات القانونية، والوقائع المادية كالأمطار والهواء والحيوان، بعبارة أخرى فإن القانون لم يحصر مصادر الأمانة في الإرادة أو نص القانون، ففضلا عن هذين المصدرين قد يصل المال إلى يد غير المالك بسبب أجنبي لا يد لأحد فيه، كالقوة القاهرة، مثال ذلك ما إذا ألقت الريح في دار شخص مالا مملوكا للغير.

إن الأمانة لا ترد إلا على الأموال المعينة بالذات.

إشترطت هذه المادة أن تكون الأمانة وصلت إلى يد الأمين بإذن من صاحب المال حقيقة أو حكما، والإذن الحكمي يراد به (بإعتباره نائبا عن المالك) الذي ورد في المادة (427)، وإلا كيف يمكن تفسير الشطر الأخير من هذه المادة والمتضمنة (بدون عقد ولا قصد)، إذن الأمانة مال مملوك تحت يد غير المالك.

يشترط إنتفاء قصد التملك لدى واضع اليد على الأمانة أي الأمين وهذا ما يؤثر في تقرير مدى مسؤوليته في حالة هلاك المال، وتحمله تبعته، فإذا هلك المال بدون فعله أو تعديه فلا يكون ضامنا قانونا وإن كان الهلاك بسبب يمكن للأمين التحرز منه أم لا، إنما يكون ضامنا إذا ما صدر منه تعدٍ أو تقصير أدى إلى هلاك المال.

---

(1) لاحظ : د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص70-72.

قد تكون الأمانة حقا خالصا للمال ولا يكون للأمين أي حق فيها، كما في الوديعة واللقطة وما ألقت الريح في دار الغير، لكنها لا تتعارض مع وجود حق للأمين فيها، فقد يكون له حق إستعمالها كما في العارية، أو حق أخذ منافعها كالمأجور، أو يتعلق حقه في رقبتها كالرهن الحيازي.

إن هذا النص – أي نص المادة (950) مدني عراقي– أشار إلى إحدى الحالات التي تنقلب فيها يد الأمانة إلى يد ضمان، وذلك إذا ما تعدى واضع اليد عليها أو قصر في حفظها أو إمتنع عن ردها فتتحول الأمانة في هذه الحالة إلى مال مضمون[1].

يجدر بالذكر أن خيانة الأمانة هي من بين إحدى الحالات التي تكون حائلا أو مانعا دون إعمال قاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز).

و قد حدد قانون العقوبات العراقي مفهوم خائن الأمانة[2].

ويقصد بالشيء المضمون المال الموجود تحت يد الضمان وتختلف مع الأمانة في أن الأخير لاترد الا على الأموال المادية فهي تنحصر في أصل الشيء وزوائده المادية كالثمار في حين يرد المال المضمون على أصل المال وزوائده ومنافعه مما يجعل من نطاق المال المضمون أوسع من نطاق الأمانة وذلك لأن يد الضامن تضمن الأموال المادية والمعنوية الناشئة عنها أيضا[3].

---

(1) د. ليلى عبدالله سعيد، الأمانة في المعاملات المالية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة الموصل، العدد الأول، أيلول 1996، ص(4–5) .

(2) و ذلك في المادة (453) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل حيث نصت على أن (كل من أؤتمن على مال منقول مملوك للغير أو عهد به إليه بأية كيفية كانت أو سلم له لأي عرض كان فإستعمله بسوء قصد لنفسه أو لفائدته أو لفائدة شخص آخر أو تصرف به بسوء قصد خلافا للغرض الذي عهد إليه أو سلم له من أجله حسب ما هو مقرر قانونا أو حسب التعليمات الصريحة أو الضمنية الصادرة ممن سلمه إياه أو عهد به إليه يعاقب بالحبس أو الغرامة).

(3) لاحظ : د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص74.

ثالثا : السيطرة الفعلية لليد

يتكون العنصر المادي للحيازة من مجموعة الاعمال المادية التي يباشرها عادة صاحب الحق العيني والمقصود به الحيازة المادية للشيء أو السيطرة الفعلية عليه فوضع اليد لايعتد به قانونا الا اذا قام شخص بوضعه في حيازته ، وهذه الاعمال المادية التي يمارسها الحائز على الشيء يجب أن تتفق في مظهره مع طبيعة الحق موضوع الحيازة فاذا كان هذا الحق حق ملكية وجب على الحائز أن يباشر الاعمال التي يباشرها المالك عادة ومن هذه الاعمال المادية استعمال الشيء واستغلاله أو تغيره طبقا لما تسمح به طبيعة الشيء فحيازة الأرض الزراعية تكون بزراعتها والمنزل بسكناه ، لذا لايمكن الاكتفاء بالأعمال القانونية لتحقق العنصر المادي للحيازة كالبيع والايجار لأن هذه الاعمال يمكن أن يقوم بها شخص غير حائز أيضا[1].

---

(1) لاحظ : محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص202-203.

المطلب الثاني
أثر تضمين اليد

من المعلوم أن من يعتدي على أموال الآخرين ويصيب الغير بالاضرار جراء ذلك يؤدي الى انشاء حق شخصي للمضرور وترتيب المسؤولية على عاتق الفاعل وعلى الأخير الوفاء فورا بكل التزام يترتب على عاتقه جراء الخطأ الذي ارتكبه[1]، فيقع على عاتق الحائز في كل حيازة وقتية أو حيازة غير مشروعة التزام برد عين المال المحاز الى صاحبه وبصفته التي كان عليها قبل الحيازة ، فاذا تـأخر عـن الاداء والرد ولم يكن لديه عذر مشروع وتلف المال أو حصل فيه عيب أو نقـص يكون ضامنا لأن يده بمثابة يد غاصب [2]لذا فان تناول أثر تضمين اليد يتألف من شقين ، يتضمن الشق الأول منه تعويض الاضرار الناجمة عن الاعتداء على أموال الآخرين ، حيث يلتزم الضامن بدفعه الى المالك ، ويتناول الشق الثاني التحدث عن قاعدة (كسب ملكية المضمونات بالضمان) بحيث يصبح الضامن مالكـا للمـال المضمون بعد دفع التعويض عنه .

أولا: التعويض

يلتزم كل من الامين [3] والضامن على حد سواء بالمحافظة على المال الموجود تحت أيدهم ، كما ويلتزمان برد المال الى صاحبه لأن اليد تقتضي وجوب الرد ، حسب قول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)[4] والتزام صاحب يد الأمانة بالرد هو التزام ببذل عناية ، مما يعني أنه في حالة هلاك المال فأن التزامه برد البدل متوقف على مدى تقصيره أو تعمده أو تعديه ، فاذا لم

---

(1) لاحظ : د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزام برد غير المستحق ، مرجع سابق ، ص289و 292.

(2) لاحظ : د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مرجع سابق ، ص228.

(3) لاحظ : المادة (952) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه ((يجب على الوديع أن يعتني بحفظ الوديعة كاعتنائه بحفظ ماله وأن يضعها في حرز مثلها)).

(4) سبق تخريجه في موضع سابق من هذه الرسالة.

يصدر منه أي تعد أو تقصير لايكون ضامنا ولايلتزم بالرد نظرا لعدم مسؤوليته[1]، وبالتعدي تنقلب يده الى يد ضمان كخائن الامانة فينقلب من أمين الى غاصب[2] في حين أن التزام صاحب يد الضمان بالرد هو التزام بنتيجة ، ويلتزم بدفع التعويض حتى في حالة هلاك المال ولاتبرأ ذمته [3] وهذا الالتزام بالرد أوضحه المشرع في باب الغصب ، حيث يقضي القانون المدني بأنه ((يلزم رد المال المغصوب عينا وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجودا ، وان صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه فان شاء صاحبه استرده هناك ، وان طلب رده الى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب ، وهذا دون اخلال بالتعويض عن الاضرار الأخرى)) [4].

كما ويقع على عاتق الغاصب التزاما برد زوائد المغصوب ، فقد نصت المادة (196) من القانون المدني العراقي على أنه ((زوائد المغصوب مغصوبة مثله فاذا هلكت ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان)) .

ونجد اختلافا ملحوظا في مذاهب الفقهاء المسلمين في مسألة زوائد المغصوب وضرورة ردها، حيث يرى جمهور فقهاء الشريعة[5] ان زوائد المغصوب مغصوبة مثله وقد أخذ بهذا الرأي المشرع المدني العراقي وحسنا فعل[6] ، في حين ذهب الحنفية الى ان زوائد المغصوب أمانة في يد الغاصب لايضمنها الا اذا تعدى عليها سواء أكانت هذه الزوائد متصلة كالسمن أو منفصلة كالثمر[7].

---

(1) لاحظ : د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص155.

(2) لاحظ : المادة (201) من القانون المدني العراقي ، والمادة (284) من القانون المدني الأردني.

(3) لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ، ص90.

(4) المادة (192) من القانون المدني العراقي ، والمادة 279 من القانون المدني الأردني .

(5) لاحظ : الشيخ على الخفيف ، مرجع سابق ، ص114-115.

(6) لاحظ : د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، مرجع سابق ، ص296.

(7) لاحظ : الشيخ على الخفيف ، مرجع سابق ، ص115.

كما ويلتزم الغاصب في حالة تعذر رد العين المغصوبة بسبب هلاكها أو فقدها بدفع قيمتها أو ارجاع مثلها [1].

ثانيا: كسب ملكية المضمونات بالضمان

ليست الغاية من الضمان كسب الملكية بل المقصود الأساس منه جبر الضرر أولا وتبعا له قد يترتب عليه كسب الملكية[2]، وقد انقسم الفقهاء المسلمون بشأنه الى ثلاثة اتجاهات الفقهية [3]:

الاتجاه الأول : رأي الجمهور

حيث ذهب كل من الشافعية والحنابلة الى عدم امكان تملك الضامن للمال المضمون ، سواء غيره أو غيبه عن مالكه ، فاذا ظهر المال المضمون بيده سالما أو ناقصا أو متغيرا ، فان من حق مالكه استرداده بزيادته أو أرش نقصه .

الاتجاه الثاني : رأي المالكية

ذهب المالكية الى أن قيام الغاصب باستهلاك الشيء المغصوب أو اتلافه يجعل منه مالكا ويجب عليه ارجاع مثله أو دفع قيمته ، بمعنى أنهم يقرون انتقال ملكية المغصوب الى الغاصب ، لكن بحدود .

الاتجاه الثالث : رأي الحنفية

سلك الحنفية مسلكا يختلف تماما عن مسلك الاتجاهين الآخرين حيث ذهبوا الى من غصب من آخر شيئا وغيره تغييرا حتى زال اسمه أو اعظم صفاته ، كأن يكون حنطة فيطحنها دقيقا أو شاة فيذبحها ويشويها ، أو لم يقم بتغييره ولكن غيبه

---

(1) لاحظ : ناصر جميل محمد الشمايلة ، مرجع سابق ، ص100-101.

(2) لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ، ص193.

(3) لاحظ بشأن عرض هذه الاتجاهات الفقهية : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، دور الضمان في كسب الملكية تبعا ، مرجع سابق ، ص301-312.

عن مالكه حتى طالبه الأخير بالضمان ، فان كلا من أبي حنيفة ، ومحمد وأبي يوسف متفقون على أن الغاصب يملك المال المغصوب بالضمان .

وعلى غرار بعض المذاهب الموجودة في الفقه الاسلامي ، لم تعترف كل التشريعات المدنية العربية بدور الضمان أي التعويض في كسب الملكية ، فمن خلال تناولنا لمواقف بعض القوانين المدنية العربية نجد أن القانون المدني الأردني قد نص صراحة على هذه القاعدة وذلك في المادة ((1085) ، التي نصت على أنه ((المضمونات تملك بالضمان ملكا مستندا الى وقت سببه وبشرط أن يكون المحل قابلا لثبوت الملك فيه ابتداءا))[1] ، كما أخذ بها المشرع المدني العراقي ضمنا وهو ما يفهم من نصوص المواد الخاصة بالغصب[2]، فللغصب دور في تطبيق هذه القاعدة وذلك في ثلاث حالات واردة في المادة (194) من القانون المدني العراقي بفقراتها الثلاث الآتية [3]:

((أ- اذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عينا مع التعويض عن الأضرار الأخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان .

ب-أما اذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامنا وبقي المال المغصوب له ، فمن غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه كان ضامنا للحنطة وبقي المحصول له .

ج- واذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله ، فالمغصوب منه مخيير ان شاء أعطى للغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عينا مع التعويضات الأخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان)).

---

(1) لاحظ : د. على العبيدي ، مرجع سابق ، ص2.

(2) لاحظ : صالح أحمد محمد اللهيبي ، مرجع سابق ، ص138.

(3) لاحظ : ناصر جميل محمد الشمايلة ، مرجع سابق ، ص40-41.

كما ويسري على غاصب الغاصب أحكام الغصب ومتلف المال المغصوب بيد الغاصب والذي يتصرف اليه الغاصب وكان المتصرف له سيء النية[1].

كما ويعتبر جحد الوديعة في حكم الحال الذي مساو للغصب ، فالوديع اذا أنكـر الوديعة يكون في حكم الغاصب وعليه اذا تلفت في يده بلا تعد يكون ضامنا[2].

---

(1) لاحظ : المادة (198) من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة (282) من القانون المدني الأردني .

(2) لاحظ : المادة (201) من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة (287) من القانون المدني الأردني .

المطلب الثالث
انقضاء تضمين اليد

ان حيازة بعض الاشخاص لأموال بعضهم ، لاتعني بقاء المال المملوك تحت يد غير مالكه الى الأبد ، ذلك لأن ضمان اليد وضع مؤقت ، مصيره حتما الى الزوال، وذلك برد العين وتسليمها الى صاحبها في حالة وجودها وبقائها وهذا هو الأصل، أو بغيره من الحالات[1].

وقد تطرق كل من الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي الى اسباب انقضاء ضمان اليد ولكن بطريق غير مباشر ، فلم يحظ هذا الموضوع ببحث مستقل ، لذا يمكن حصر حالات الانقضاء في الرد والتملك والهلاك [2].

والأصل في التزام واضع اليد على ملك الغير هو الرد عند بقاء العين وقد قمنا بتوضيح مفهومه وكيفية تحققه ، وذلك برد الشيء الى صاحبه أو من ينوب عنه اتفاقا أو قانونا وما يترتب عليه من تبرأة ذمة كل من صاحب يد الأمانة ويد الضمان وانتفاء ضمان اليد من تأريخ اتمام التسليم سواء أكان ذلك بالتخلية أو بالتسليم والتسلم ، فلن نعود اليه الآن [3] ولذا نقتصر في تناولنا لهذا الموضوع على تملك اليد للمال قبل الرد وهلاك المال قبل الرد .

أولا : تملك صاحب اليد للمال قبل الرد

مثلما بات واضحا ، نكون أمام يد الأمانة أو يد الضمان كلما كان هنالك انفصال للحيازة عن الملك ، فكلما انفصلت الحيازة عن الملك نكون امام وضع اليد على

---

(1) لاحظ : د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص194.

(2) لاحظ : د. ليلى عبدالله سعيد ، مرجع سابق ، ص194، علما أنها الباحثة الوحيدة التي تناولت موضوع انقضاء ضمان اليد وتعداد حالاتها.

(3) لاحظ : المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الرابع من هذه الرسالة حيث تجد فيها عرضا وافيا لموضوع الرد.

ملك الغير ، وكما اجتمعت الحيازة مع الملك كنا امام يد الملك ، فلا تنتقل الملكية في يد الامانة أو يد الضمان بل تبقى العين ملكا لمالكها الأصلي.

الا أن كل من يد الأمانة ويد الضمان قد ينقلبان ويتحولان الى يد الملك وذلك عند توافر سبب من أسباب التملك ومن الأسباب التي تكسب الملكية كما ذكرنا الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة والحيازة [1] ، وهذه الصورة من تحول اليد تمثل احدى حالات انقضاء تضمين اليد في القانون المدني [2].

ومثال التحول بالعقد قيام المؤجر والمستأجر بالاتفاق فيما بينهما على أن يبيعه المؤجر العين المؤجرة ، ويصبح المستأجر بذلك مالكا ، وتتحول يده من يد أمانة الى يد مالك [3].

كما ويمكن تصور هذه الحالة في التسليم المعنوي أو الحكمي للمبيع في عقد البيع أيضا ، ومثاله ما جاء في المادة (495) من القانون المدني الأردني على انه : ((اذا كان البيع في حوزة المشترى قبل البيع بأية صفة أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليما مالم يتفق على خلاف ذلك)) [4]. كما وأننا نجد نص المادة (539) [5] من

---

(1) لاحظ : في شأن اسباب كسب الملكية ، د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، ج9 ، المجلد الأول ، ، الطبعة الثالثة ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2000 ، ص7-8 ، وقد أضاف القانون الأسباب (الضمان و الأولوية) لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ، ص151. كما وأضاف بعض الاجتهادات الفقهية نص القانون و القرار القضائي الى هذه الاسباب ، لاحظ : د. ليلى عبداله سعيد ود. أكرم محمود حسين ، بحثهما تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ، ص149.

(2) لاحظ : د. ليلى عبداله سعيد و د. أكرم محمود حسين ، بحثهما تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ، ص149.

(3) لاحظ : د. ليلى عبداله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص195.

(4) اشار الى هذه الحالة د. محمد سليمان الاحمد ، بحثه تحول اليد في القانون المدني ، مرجع سابق، ص269.

(5) قام د. محمد وحيد الدين سوار بأنتقاد هذه المادة من القانون المدني العراقي ، على أساس ان قبض الأمانة و الضمان ليسا على درجة واحدة من القوة في نظر الفقه الاسلامي ، بل يعتبر قبض الضمان-

القانون المدني العراقي أكثر وضوحا وصراحة بهذا الخصوص ، فقد نصت على انه (اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فأشتراها من المالك ، فلا حاجة الى قبض جديد ، سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد أمانة أم يد ضمان) . فقد يودع شخص ماله لدى آخر يقوم الأخير بحفظه له ، فتعد يده يد أمانة ، لكن قد يصل المودع والمودع اليه الى اتفاق ببيع الشيء المودع عنده للمودع لديه ، وبه تتحول يد المشتري (المودع لديه) من يد أمانة الى يد ملك ولايحتاج هذا العقد الى التسليم ، نظرا لوجود المال تحت يد المودع لديه في وقت سابق أي وقت حفظ الوديعة ، واذا هلك الشيء تحت يده بعد انعقاد البيع ، فأنه يهلك من ماله بوصفه مالكا له والوقت الذي تتحول فيه اليد من يد أمانة أو يد ضمان الى يد ملك هو وقت ابرام عقد البيع ، أي وقت انعقاد عقد البيع بالنسبة للأشياء المعينة بالذات ، ووقت الافراز بالنسبة للأشياء المعينة بالنوع وبالتسجيل في الدائرة المختصة بالنسبة للأشياء التي يستوجب القانون لأنتقال ملكيتها التسجيل في السجلات الرسمية [1].

=قبضا قويا ، اما قبض الامانة ضعيف ، و القاعدة لديهم أن القبض القوي السابق ينوب محل قبض ضعيف أو قوي لاحق أما القبض الضعيف السابق فلا ينوب عندهم الا محل قبض ضعيف لاحق ، مما يترتب عليه أن قبض الضمان ينوب عن قبض الضمان و قبض الأمانة ، أما قبض الامانة فلا ينوب عن قبض الضمان ، بل ينوب عن مثيله في الضعف وهو قبض الامانة ، فلو غصب شخص كتابا من آخر ، ثم فكر في شرائه بعد ذلك من المغصوب عنه ، فلا يتوجب على الأخير القيام بتسليم الكتاب من جديد ، مادام الغاصب قد قبضه قبض ضمان وذلك خلال عملية الغصب ، فهذا القبض قوي ينوب أو يحل محل القبض الواجب ، أما لو أعار مالك الكتاب الكتاب الى شخص لينتفع به ، ثم قام الأخير (المستعير) بشرائه ، فالمعير الذي أصبح بائعا يلتزم بتحديد تسليم المبيع الى المشتري (المستعير السابق) ، و ذلك لأن قبض المستعير السابق هو قبض أمانة و هو قبض ضعيف ، لايستطيع أن ينوب عن القبض الواجب بالشراء وهو قبض قوي ، في حين أن المشرع المدني العراقي قد أغفل الأخذ بهذه التفرقة بين هذين النوعين من القبض وجعلهما على قدم المساواة في المادة (539) من القانون المدني العراقي . لاحظ مؤلفه التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، مرجع سابق ، ص16-17.

(1)لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد ، بحثه تحول اليد في القانون المدني / مرجع سابق ، ص269-270 و ص276-277.

ويصدق ما ذكرناه سابقا على أسباب كسب الملكية الأخرى من حيازة وشفعة ، وهناك بعض الاجتهادات الفقهية [1] التي تعتبر الضمان مصدرا لكسب الملكية في القانون المدني العراقي وذلك على غرار القانون المدني الأردني [2] وان لم ينص على ذلك صراحة وذلك بصورة ضمنية ، تستدل من خلال التمعن في قراءة بعض نصوصه القانونية[3].

ونخلص بذلك الى القول بأن توافر سبب من أسباب التملك يؤدي الى ترتيب آثار قانونية معينة متمثلة في تحول صفة وضع اليد على ملك الغير من يد ضمان الى يد ملك ، وهذه الحالة من التحول تمثل احدى طرق انقضاء ضمان اليد .

ثانيا : هلاك المال قبل الرد

ان المال معرض للهلاك سواء أكان في يد مالكه أم في يد الغير وقد يحصل الهلاك نتيجة لأسباب عدة منها الخطأ الصادر نتيجة اهمال وتقصير في الحفظ والرعاية ومنها القوة القاهرة [4] التي لايمكن للأنسان دفعها . فاذا هلك المال تحت ،

---

(1) لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ، ص42-44. و د. ليلى عبدالله سعيد ، مؤلفها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص198-199. و ناصر جميل محمد الشمايلة ، مرجع سابق ، ص736 و مابعدها .

(2) فقد عد المشرع الأردني الضمان سببا من أسباب كسب الملكية وذلك في المادة (1085) مدني منه ، حيث نصت على أن ((المضمونات تملك بالضمان ملكا مستندا الى وقت سببه ، ويشترط أن يكون المحل قابلا لثبوت الملك فيه ابتداءا)) .

(3) كالمواد (135 ، 194 ، 200) من القانون المدني العراقي و لاحظ تفاصيلها / د. محمد سليمان الاحمد ، دور الضمان في كسب الملكية تبعا ، مرجع سابق ، ص323 ومابعدها.

(4) اعتبر القانون المدني العراقي كلا من الآفة السماوية و القوة القاهرة و الحادث المفاجيء وخطأ الغير وخطأ المتضرر من الأسباب الأجنبية التي تقطع العلاقة السببية مابين الخطأ و الضرر وتنفي الضمان وذلك في المادة (211) منه ، و المادة (165) من القانون المدني المصري التي لم تذكر مصطلح الآفة السماوية ، نظرا لأنه من الفقه الاسلامي ويقابل القوة القاهرة في القانون ، فاستخدامه يعد من قبيل التكرار لاحظ : بشأن السبب الأجنبي في الفقه الاسلامي ، أسامة عبد العليم فرج الشيخ ، مرجع سابق ، ص125-144 . و د. عادل جبري محمد حبيب ، مرجع سابق ، ص361 و مابعادها.

يد مالكه تحمل هو تبعة هلاكه مطلقا وينتقص هذا الهلاك من ذمته ، أما اذا حدث الهلاك في يد غير مالكه ، فان الحكم بضمانها أو عدم ضمانها يختلف عما اذا كان المال موجودا تحت يد الأمانة أو يد الضمان .

فاذا كانت يد الحائز الذي هلك الشيء عنده يد أمانة فانه لايضمنها ، مادام الهلاك لم يقع نتيجة تعد أو تقصير في الحفظ صادر منه ، ولايتحمل تبعة السبب الأجنبي ، ويتحمل المالك تبعة هلاك ملكه في هذه الحالة [1].

ويتجلى ذلك في الوديعة ، فهي أمانة في يد المودع لديه ، فأذا هلكت لم يضمنها وتبرير ذلك يكمن في احتياج الناس للايداع فاذا قلنا بضمان المودع لديه فان ذلك سيكون سببا في ابعاد الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل لمصالحهم المسلمين [2].

---

(1) لاحظ : الشيخ على الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، مرجع سابق ، ص107 ، د. وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص174-175 ، د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي . ج6 ، مرجع سابق ، ص181 ، د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي ، مرجع سابق ، ص661 ، د. أسامة عبد العليم فرج الشيخ ، مرجع سابق ، ص165-166 . و د. نزيه حماد ، بحث بعنوان مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الاسلامي ، قدم الى المعهد الاسلامي للبحوث و التدريب ، الطبعة الأولى ، 1419هـ -1998م و الطبعة الثانية 1420هـ ، 2000م، ص15 ، متاح على الموقع الألكتروني التالي:
http://www. trtipms . org /pubDetA. asp ? pub=163 last visit ed (12/1/2008).

(2) لاحظ : شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر روملي ، نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار ، وهي تكملة شرح الفتح القدير للامام كمال الدين السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي على الهداية شرح بداية المبتدئ ، لشيخ الاسلام برهان الدين على بن أبي بكر المرغيناني ، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ عبدالرزاق غالب المهدي ، الجزء الثامن ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1424هـ ، 2003م ، ص508-509.
و د.فايز محمد حسين محمد ، الوديعة في القانون الروماني و الشريعة الاسلامية ، كلية الحقوق ، جامعة منوفية ، 2002 ، ص143 . د. نزيه حماد ، مرجع سابق ، ص15-16.

وهكذا هو الحكم بالنسبة لأيدي الأمانة الأخرى كيد المستأجر والوكيل والشريك، فلا تضمن من غير تعد أو تفريط [1].

وقد أخذ المشرع العراقي بالأحكام المتقدمة في الفقه الاسلامي ، اذ نصت المادة (426) منه على أنه ((اذا انتقل الشيء الى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير .... وان كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه)) .

و ورد الحكم نفسه في المادة (950) منه حيث نصت في فقرتها الثانية على أنه ((والأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك ، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه ، أم لا ، وانما يضمنها اذا هلكت بصنعه أو بتعد أو تقصير منه)).

كما وأن حالات تحول يد الضمان الى يد أمانة تأخذ الحكم نفسه فينتفي عن الأمين الضمان عند هلاك الشيء وتلفه ، منها تحول يد المالك القديم (البائع) قبل التسليم من يد الضمان الى يد أمانة اذا امتنع واجب التسليم لقيام سبب للحبس ، فتعد يده يد أمانة لأنه قام بحبس الشيء عن صاحبه بسبب مشروع [2]،والقاعدة تقول أن الجواز الشرعي ينافي الضمان [3].

وحالة ما اذا حصل هلاك المبيع في يد البائع بعد قيامه باعذار المشتري ليتسلم المبيع منه ، فيتحول يده بالأعذار من يد ضمان الى يد أمانة لاتضمن الا بالتعدي والتقصير وينتقل تبعة الهلاك الى المشتري [4].

---

(1) لاحظ : د. ليلى عبدالله سعيد ، بحثها يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الاسلامي و القانون المدني العراقي ، مرجع سابق، ص16-17 و 27.

(2) لاحظ : د. نواف حازم خالد ، انقضاء الحق في الحبس للضمان بطريق أصلي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدر عن كلية القانون جامعة الموصل ، المجلد الأول ، السنة العاشرة ، عدد 24 ، سنة 2005 ، ص126-127 ، والمادة (428) من القانون المدني العراقي .

(3) لاحظ : المادة (6) من القانون المدني العراقي.

(4) لاحظ : د. ليلى عبدالله سعيد و د. أكرم محمود حسين ، بحثهما تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ، ص143-144.

كما وأن يد المدفوع له حسن النية [1] هي يد أمانة على الرغم من توافر شروط الضمان فيها ، وتعد من الاستثناءات الواردة على يد الضمان لأن صاحبها يحوز الشيء بنية تملكه ، فتستمر اليد أمانة باستمرار حسن نية ، ولا يلزم الأمين بضمان زوائد الشيء فهي تأخذ حكم الأصل وتعد أمانة في يده أيضا [2].

و نفس الحكم ينطبق على الدفع للوارث الظاهر ، حيث تعد يده يد أمانة ولا يضمن هلاك الشيء ملم يكن متعديا [3].

وبذلك فأن تحول يد الضمان الى يد أمانة يعد مانعا من قيام الضمان حسب قاعدة (اذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع) [4].

ومن كل ما تقدم توصلنا الى نتيجة مفادها أن هلاك الأمانة دون تعد أو تقصير ينسب الى الأمين يكون سببا في نفي الضمان عنه ويتخلص بذلك من المسؤولية ، وينقضي بذلك ضمان اليد .

أما هلاك المال في يد الضمان فيأخذ حكما آخر يختلف عن الحكم الذي يترتب على الهلاك في يد الأمانة ، لأن تبعة الهلاك يتحملها صاحب يد الضمان ، وليس المالك الحقيقي للشيء [5] فسواء وقع الهلاك بالاعتداء الصادر من واضع اليد أم كان لسبب لا يد لصاحب اليد فيه كالقوة القاهرة فأنه يكون مسؤولا ويضمن هلاك المال ، كل ما في الأمر أنه اذا وقع الهلاك بسبب اعتداء من شخص أجنبي استقر

---

(1) لاحظ : المادة (233) من القانون المدني العراقي ، د. ليلى عبدالله سعيد ، بحثها يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الاسلامي و القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ، ص18.

(2) لاحظ : د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص203-204.

(3) لاحظ : المادة (384) من القانون المدني العراقي ، ولاحظ لشرحها : د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ، ص70-74.

(4) لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد ، المدخل لدراسة الضمان ، مرجع سابق ، ص الهامش رقم (1) و الفقرة الاولى من المادة (4) من القانون المدني العراقي.

(5) لاحظ : د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، مرجع سابق ، ص661.

ضمان المال التالف عليه [1]، وان صدر هذا الفعل من المالك الحقيقي وادى الى هلاك المال ، كان ضمانه عليه وليس على واضع اليد تبعة [2].

وقد وضع المشرع العراقي حكم يد الضمان في المادة (426) من القانون المدني العراقي فقد ورد فيها أنه (اذا انتقل الشيء الى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير ، فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد ....) .

كما وأن حالات تحول يد الأمانة الى يد ضمان يكون مشمولا بهذا الحكم وذلك كما حددتها الفقرة الثانية من المادة (427) من القانون المدني العراقي بقولها (2- وتنقلب يد الأمانة الى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير اذنه) ، ولا يقتصر تحول اليد من يد أمانة الى يد ضمان على هذه الصورة الواردة في المادة المذكورة اعلاه فقط بل لها صور عديدة ، كالتعدي والتقصير والاهمال في الحفظ والاخلال بالالتزام بالرد [3]، فيترتب عليهم التزام بالضمان ويصبح التزامهم التزام بتحقيق نتيجة ، فلا ينتفي الضمان حتى بالسبب الأجنبي[4] لايساهم ولا يقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في حالة يد الضمان ، فتكون هذه اليد ضامنة في جميع الاحوال [5]. لأن اثباته لايساهم في اعفاء يد الضمان من المسؤولية ، ومن صور يد الضمان القائمة

---

(1) فمثلا نصت المادة (198) مدني عراقي عاى أنه ((غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب. فاذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب وأتلفه أو تلف في يده فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الأول وان شاء ضمنه للغاصب الثاني، وله أن يضمن مقدارا منه للأول ومقدار الآخر الثاني، فاذا ضمن الغاصب الأول كان لهذا أن يرجع على الثاني واذا ضمن للثاني فليس له أن يرجع على الأول)) والمادة (282) من القانون المدني الأردني. ولامقابل له في القانون المدني المصري.

(2) لاحظ : الشيخ على الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، مرجع سابق ، ص108.

(3) تناولنا بالشرح هذا الموضوع في المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الرابع من هذه الرسالة

(4) لاحظ : عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج6 ، مرجع سابق ، ص183.

(5) لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد ، المدخل لدراسة الضمان ، مرجع سابق ، ص35.

على عمل غير مشروع الغصب [1] ويعد اقوى صور يد الضمان ، كما وان يد الحائز سيء النية [2] من صور يد الضمان أيضا ، فيلتزم بتحمل تبعة الهلاك وذلك حسب المادة (1168) من القانون المدني العراقي ، الا أنه يلاحظ على هذه المادة أنها أعفت الحائز سيء النية من المسؤولية عند هلاك ، ان هو أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولوكان باقيا في يد من يستحقه ، وهذا حكم مجاف للعدالة والانصاف اذ أن الحائز سيء النية قد حال بين المالك وملكه فيده يد ضمان تضمن في جميع الحالات ، ولاضرورة لخروج المشرع في هذه المادة على القواعد العامة.

مما تقدم يتبين لنا أنه وفقا للقواعد العامة هلاك الشيء يؤدي الى انتفاء الضمان عن صاحب يد الأمانة ويعفيه من المسؤولية اذا لم يصدر منه أي تعد أو تقصير وينقضي بذلك ضمان اليد ، فهي احدى طرق الانقضاء ، أما صاحب يد الضمان يكون ضامنا في جميع الأحوال ولاينقضي التزامه بهلاك الشيء ويلتزم برد الشيء ذاته الى صاحبه ، واذا لم يتمكن من الرد فيلتزم برد المثل في المثليات والقيمة من القيميات .

---

(1) سنتناول الغصب في المبحث الثاني من هذا الفصل كاحدى التطبيقات القائمة على وجود قصد مدني سيء فنحيل الى هناك.

(2) سنتناول الحيازة بسوء نية في المطلب الثالث من المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني
تطبيقات تضمين اليد القائمة على وجود قصد مدني سيء

ما دمنا قد شرحنا موقف المشرع المدني العراقي في ركونه لقصد التملك كمعيار لتعريف يد الضمان ، بات من المحتم علينا ايراد تطبيقات قائمة على القصد المدني السيء لاستيعاب كافة جوانب الموضوع وابراز دوره من خلال هذه التطبيقات وخصوصا ان الثلاث تطبيقات تجمعها صفة مشتركة ، اذ يعد كل منهم من الوقائع المادية القائمة على وضع اليد على ملك الغير فيقع على مايملكه الانسان س اموال ، وقيام الحكم كذلك سيكون تبعا لوجود نية التملك من عدمه ، عليه سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول الغصب وما في حكمه اما المطلب الثاني فنخصصه لدراسة اللقطة واما المطلب الثالث فسنخصصه لدراسة الحيازة بسوء نية .

المطلب الاول
الغصب وما في حكمه

جاء بصدد الغصب: أخذ الشيء ظلما وبابه ضرب تقول (غصبه) منه، وغصبه عليه و(الاغتصاب) مثله والشيء (غصب) و(مغصوب) [1].

ويلاحظ على التعريفات اللغوية السابقة اتفاقها في المعنى فيشترط لتحقق الغصب في الاعتداءات المالية التي هي محور رسالتنا أخذ شيءمن يد مالكه أو حائزه مهما كانت نوع حيازته له ، وليتصف أخذ الشيء بالظلم لابد من الايكون للغاصب أي وجه حق يبرر له أخذ الشيء والاستيلاء عليه ، فوجود عقد أو اتفاق ينفي على أخذ الشيء صفة الظلم[2].

---

(1) لاحظ: الرازي ، مرجع سابق ، ص418.

(2) لاحظ: د. عبدالفتاح مراد ، الغصب في القوانين العربية و الشريعة الاسلامية ، بدون سنة طبع أو مكان للنشر ، ص16.

وقد ورد ذكر الغصب في القرآن الكريم حيث قال الله عز وجل ((أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فأردت أن أعيبها وكان ورائهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا))[1].

ومن أجل ايضاح وفهم ماهية الغصب لابد من الرجوع الى تعريفه لدى الفقهاء المسلمين ، فقد عرفه فقهاء الحنفية بأنه ((أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده))[2].

أما الشافعية فقد عرفوه بأنه ((الاستيلاء على مال الغير بعدوان))[3] .

أما الحنابلة يعرفونه بأنه ((استيلاء غير حربي عرفا على حق غيره قهرا بغير الحق))[4] .

وقد اورد المشرع المدني العراقي الغصب كاحد صور الخطأ في باب المسؤولية عن الاعمال الشخصية أو ما تعرف بالمسؤولية التقصيرية[5] ، الا أن الغصب تترتب عليه أحكام تختلف عن الاحكام العامة التي تترتب على المسؤولية التقصيرية في بعض الحالات والسبب في ذلك يعود الى وجود العديد من الفوارق بين كلا نظامي المسؤولية التقصيرية وضمان اليد ، ومن هذه الفوارق أن انعدام الرابطة السببية بين الخطأ والضرر للسبب الاجنبي كالقوة القاهرة يؤدي الى عدم قيام المسؤولية التقصيرية الذي يستلزم الخطأ والضرر والرابطة السببية للقول

---

(1) الكهف: 79.

(2) لاحظ شيخ الاسلام برهان الدين على بن أبي بكر المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، المجلد الرابع ، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ ، دار السلام للطباعة والنشر و التوزيع ، الاسكندرية ، الطبعة الثانية ، 2006 ، ص1375.

(3) لاحظ : الامام ابي حامد الغزالي ، الوجيز في قواعد و فروع الشافعية ، ط1 ، ص260.

(4) لاحظ: شرف الدين ابي النجا موسى بن احمد بن موسى بن سالم الحجاوي المقدسي الصالحي ، الاقناع لطالب الانتفاع ، تعليق احمد فتحي عبدالرحمن ، المجلد الثاني ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2004 ، ص194.

(5) لاحظ: المواد (192-201) في القانون المدني العراقي.

بوجود المسؤولية التقصيرية ، أما في أحكام يد الضمان فصاحب اليد يضمن حتى لو أثبت وجود السبب الاجنبي لأنها تكون ضامنة في جميع الاحوال وبالتالي لا نحتاج الى الرابطة السببية في يد الضمان لكي نقر بمسؤولية صاحب يد الضمان [1] فلا يغير من حكمه انعدام الخطأ أو الرابطة السببية[2] ، كما أن انعدام صفة الخطأ في الهلاك لايغير من حكمه ، لأن الخطأ منسوب الى أصل الفعل وهو الغصب .

كما وانه يؤخذ على المشرع المدني العراقي عدم ذكره لدرجة الخطأ الذي يشكل الغصب ، كما وانه أخذ احكام الغصب من الفقه الاسلامي وهذا الفقه ذو نزعة موضوعية لا يحفل بالنية والبواعث ، الا انه وفي ظل القانون المدني فأنه يمثل احدى تطبيقات أو صور المسؤولية التقصيرية وبالتالي يحتاج الى وقوع خطأ من الغاصب حتى يعد فعله غصبا وهذا الخطأ من وجهة نظرنا لايمكن أن يكون خطأ اهمال لأن المشرع المدني العراقي عندما حدد مفهوم حسن النية أناطه أو ربطه بالجهل [3] لذا وحسب هذا المعيار لايمكن أن نطلق عليه انه غاصب ، كما وان الاهمال بحد ذاته غير كاف للقول بوجود الغصب لأن الاخير يشكل اعتداء على الحيازة لذا يجب التصدي لموضوع حسن النية وسوءها ، فأذا ما كان متعمدا بنيته مريدا نتائج فعله فهو سيء النية لذا فهو غاصب وتترتب عليه المسؤولية اما اذا جهل به فلا يعد غاصبا.

لذا فان تكييف واقعة الغصب في الفقه الاسلامي يختلف عما هو في القانون ولايخرج عن احد فرضين:

1- اما ان الغاصب لايعلم انه مال الغير واعتقد أن له حقا فيه.

2- أو اخذه بنية الاضرار بالغير وقصد تملكه .

---

(1) لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد ، المدخل لدراسة الضمان ، مرجع سابق ، ص33.

(2) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد ، ضمان اليد ، وضع يد على ملك الغير المصدر السادس للالتزام ، مرجع سابق ، ص .

(3) المادة (1148) القانون المدني العراقي.

في القانون يختلف الحكم عما هو مقرر في الفقه الاسلامي ، لأن من يجهل انه يعتدي على حق الغير ظنا منه ان له حق في الشيء عده القانون حسن النية ويتملك الثمار والزوائد التي قبضها طوال فترة حيازته بحسن نية[1]بينما اذا كان سيء النية يعد غاصبا وملزما بالضمان.

وهذا ما يؤكد ان الفقه الاسلامي فقه ذو نزعة موضوعية بخلاف القانون المدني الذي يحفل بالنية والقصد ، لذا ومن وجهه نظرنا لايكتفي بمجرد صدور اهمال من شخص للقول بوجود واقعة الغصب.

اذن وفي ظل قواعد القانون المدني اذا ما اردنا تكييف فعل الغاصب هل هو غصب أم لا، يجب أن نفعل ذلك في ظل القصد المدني لأن المشرع العراقي اولاه اهتمامه وعرف صاحب يد الضمان ، بأنه الحائز لاموال الغير بنية تملكه ، فتكييف فعله يخضع لعناصر القصد المدني من علم وارادة وقدرة ، فالغاصب عالم لما يقدم عليه ويريده كما أن لديه القدرة للقيام بذلك ويعد بذلك سيء النية لأن في حيازته اعتداء على حق الغير ، واذا ما تخلف احد عناصر القصد المدني كعدم علمه بعائدية المال الذي بحوزته للغير يعد حينئذ حسن النية ، اذن فأن تكييف فعله بأنه غصب يختلف تبعا لاختلاف نواياه ومقاصده وينجم عنه اختلاف في الاحكام.

بينما في الفقه الاسلامي فيما عدا الفقه المالكي الذي اشترط فقهائه القصد أي قصد تملك مال الغير لكي يعد غاصبا، لم يشترط فقهاء المذاهب الاخرى هذا الشرط[2] لأن عمد الغاصب وعلمه من عدمه لايؤثر في استقرار الضمان عليه فحتى لوكان جاهلا انه يقدم على غصب مال آخر يستقر ضمان المال التالف عليه[3].

---

(1) المادة (1165) من القانون المدني العراقي.

(2) لاحظ: د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزام برد غير المستحق ، مرجع سابق ، ص287.

(3) لاحظ: د. محمد احمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ، مرجع سابق ، ص55.

والسبب في ذلك كما ذكرنا سابقا ان هذا الفقه هو فقه ذا نزعة موضوعية قلما يحفل بسوء النية أو حسنها ، وبالتالي لايكلف نفسه عناء البحث عن هذا العنصر الذاتي باعتباره تشريعيا ذا نزعة موضوعية[1].

وخلاصة القول في الفقه الاسلامي أن الغصب يقتضي وجوب الرد اذا كانت العين باقية ، أو الضمان ، وذلك في حالة الهلاك ، والذي يترتب على الفعل مطلقا، أي دون أن يتوقف على نيته وقصده ، سواء أكان عامدا أم مخطأ يترتب عليه الضمان ، باعتبار أن الغصب تجاوز وعدوان على حق من حقوق العباد لذا لا فرق بين المخطيء والعامد والمجنون والصغير والكبير ، لأن وجوب الضمان من الاحكام الوضعية فلا يتوقف على العلم والقصد وبالتالي لا اثم عليه لأنه خطأ والخطأ موضوع عن الامة[2] . ولكن للقصد المدني دور كبير في تحول يد الأمانة الى يد ضمان ، اذ أن هذا الفقه قد عرف يد الأمانة بأنها اليد التي لا تضمن الا بالتعدي ، فبالتعدي تضمن اليد ، والتعدي قائم في أغلب صوره على القصد .

أما الحال الذي يعتبر مساويا للغصب فقد أشارة اليه المادة (201) من القانون المدني العراقي التي نصت على أن ((الحال الذي هو مساوي للغصب في ازالة التصرف حكمه حكم الغصب ، فالوديع اذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الانكار اذا تلفت الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامنا)).

---

(1) لاحظ: د. محمد وحيدالدين سوار ، مرجع سابق ، ص24 .

(2) لاحظ: د. حامد عبده سعيد الفقي ، أحكام الغصب في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2005 ، ص92.

المطلب الثاني

اللقطة

يمكن تقسيم حكم اللقطة على مرحلتين في الفقه الاسلامي وهما مرحلة ما قبل الالتقاط ومرحلة مابعدها [1].

والذي يعنينا هنا بشكل أساس هو المرحلة الثانية ، لان المقصد الاساس الذي نبغي الوصول اليه من وراء ذلك هو اظهار ما للنية من أثر في اللقطة ، وهذه المرحلة هي الكفيلة بايصالنا لهذا المقصد ، لأنه يرتب مجموعة من الالتزامات على عاتق الملتقط يمكن من خلالها تحديد صفته كأمين أو كضامن وذلك تبعا لنيته وقصده عند الالتقاط.

واللقطة في اللغة يراد بها معان كثيرة ، يقال لقطه ، أي أخذه من الأرض ، فهو ملقوط ولقيط ، والتقطه أي عثر عليه من غير طلب[2].

ويفهم مما تقدم أن اللقطة هي المال الواقع على الأرض ولايعرف له مالك وهي لكونها مالا مرغوبا فيه جعلت آخذا مجازا ، لكونها سببا لأخذ من رآها[3].

وبذلك فان اللقطة تختص بالمال ، في حين أن اللقيط ، مع ان فيه معنى اللقطة، الا انه أختص بالآدمي فانه يسمى لقيطا [4] كما وان ضالة الابل والغنم والبقر يخرج عن نطاق هذا التعريف[5].

---

(1) لاحظ: بشأن هذا التقسيم د. عبدالمطلب عبد الرزاق حمدان ، المال الضائع ، حقيقته وحكمه وطرق التقاطه في الفقه الاسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، اسكندرية ، 2007، ص39 ومابعدها.

(2) لاحظ: الفيروز آبادي ، مرجع سابق ، ص686 باب الطاء فصل اللام.

(3) لاحظ: السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ، مرجع سابق ، ص158، باب اللام.

(4) اللقيط هو بمعنى الملقوط ، أي المأخوذ من الأرض ، وفي الشرع اسم لما يطرح على الارض من صغار بني آدم ، خوفا من العيلة أو فرارامن تهمة الزنا ، لاحظ: الجرجاني ، مرجع سابق ، ص158 باب اللام.

(5) الضال: المملوك الذي ضل الطريق الى منزل مالكه من غير قصد ، لاحظ: الجرجاني ، مرجع سابق ص113 ، باب الضاد . ويرى بعض الباحثين أن اخذها في زمننا هذا أولى لأن الغالب فيه الضياع،=

وتختلف اللقطة عن المال المتروك [1] في ان الاخير من الاشياء المنقولة المتروكة اصلا ويصلح أن يكون محلا للاستيلاء اذا تخلى عنها صاحبها بقصد النزول عن ملكيتها زهدا فيها أو تخلصا منها كالأوراق والزجاجات الفارغة ، أو لم يكن لها مالك أصلا كالطير في الهواء والسمك في الماء ، ويتحقق بعنصرين ، أولهما مادي ، والمقصود به التجرد عن حيازة الشيء وخروجه عن السيطرة المادية لمالكه ، وثانيهما معنوي ، وهو نية التخلي عن ملكية الشيء حتى يستطيع من يعثر عليه أن يحوزه ويتملكه[2] في حين أن ((الضياع عبارة عن واقعة مادية مفادها أي يفقد المالك الشيء الذي يملكه بسبب اهماله أو بسبب لادخل لارادته أو لارادة أحد فيه))[3]

فالنقطة الاساسية في اللقطة هو ضياع المال من مالكه ، ويتحقق هذا المفهوم بفقد المالك الحيازة المادية على الشيء دون أن تكون لارادته أو لرادة احد دخل في ذلك ، ولاتصلح محلا للاستيلاء ، ويتم الاعتماد على القرائن في التمييز بين اللقطة والاشياء المتروكة ، فاذا ما وجد شخص في قطار حقيبة تدل الظواهر على انها

=والفرق بين اللقطة و الضوال هو اختلاف في الجنس و الحكم ، أما في الجنس لأن اللقطة جماد والضوال حيوان ، أما في الحكم فلأن الملتقط اذا قام بتعريف اللقطة فعرفها صاحبها ردت اليه أي انها تأخذ حكم التعريف والا فللملتقط استنفاقها ، لاحظ: عبدالمطلب رزاق حمدان ، مرج سابق ، ص 14 الهامش رقم 3 ، أما الضوال فقد اختلف الفقهاء المسلمون في حكم التقاطها بأختلاف انواعها ابلا أو شاة أو غيره ، لاحظ: بشأن هذه الاختلافات د. حمدي رجب عبدالغني حسن ، اللقطة ومدى مسؤولية الملتقط عنها وحكم تملكها أو المكافأة عليها في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص33-50.

(1) المادة (1098) مدني عراقي متوافقة مع المادة (870) مدني مصري و المادة (1076) مدني أردني.

(2) لاحظ: د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء التاسع ، المجلد الأول ، مرجع سابق ص35 .

(3) نقلا عن : دكتور محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ص110و الهامش رقم (1).

لمسافر ، يعد قرينة على أن الحقيبة ليست شيئا متروكا ، بل تسري عليها أحكام اللقطة[1].

كما وان اللقطة قد يختلط مفهومها بمفهوم الكنز [2] نظرا لوجود نقاط اتفاق واختلاف بينهما ، فكلاهما لايصلحان أن تكونا محلا للاستيلاء ، لأنهما لايخرجان عن ملكية مالكهما فهما لم يتخلى عنهما ، كما أن المالك في كلاهما وقت العثور على الشيء غير معروف ، لكنهما يختلفان في أن اللقطة منقول ملقى في مكان ظاهر أمام الناس ، أما الكنز فهو مدفون أو مخبأ تحت الارض[3] .

واذا انتقلنا الى مرحلة ما بعد الالتقاط وهي المرحلة التي تهمنا ، لأنها تكفل اظهار دور القصد المدني في اللقطة ، يتبادر الى الاذهان السؤال التالي ، بأي صفة تدخل اللقطة في حوزة الملتقط؟

ان الاجابة على هذا السؤال يعتمد على نية الملتقط وقصده عند الالتقاط ، فاذا التقط أحدهم لقطة فحفظها عنده فقد يكون حفظه للعين بقصد اعادتها الى مالكها ، وقد يكون بقصد تملكها والاستئثار بها لنفسه[4] ويترتب على كلتا الحالتين أحكام مختلفة ، لأن يد الملتقط تعد يد أمانة في الصورة الاولى لأنه حسن النية وأخذها بنية الرد ويكون عند ذلك وديعة ، فلا يكون ضامنا للمال اذا كان الهلاك نشأ عن

---

(1) لاحظ: د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء التاسع ، المجلد الأول ، مرجع سابق ، ص35-36 .

(2) المادة (1101) مدني عراقي ، والمادة (872) مدني مصري ، وبين المادتين اختلاف ، لأن المشرع العراقي في هذه المادة اثبت ملكية الكنز الذي يعثر عليه في أرض موقوفة بجهة الوقف لا للواقف و ورثته بخلاف التقنين المدني المصري الذي جعله ملكا خالصا للواقف و ورثته ، كما وان المشرع العراقي قد اثبت ملكية الكنز الذي يعثر عليه في ارض أميرية للدولة ، ولايوجد مثل هذا الحكم في القانون المدني المصري.

(3) لاحظ: د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء التاسع ، المجلد الأول ، مرجع سابق ، ص26-27 و ص36.

(4) لاحظ: د. حسن على الذنون ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص279 ، د. حامد مصطفى ، الالتزامات و العقود في الشريعة الاسلامية ، مطبعة الاهالي ، بغداد ، 1943-1944 ، ص97.

خطأ صادر منه ، بينما تعد يد الملتقط في الصورة الثانية يد ضمان ويكون عند ذلك غاصبا لما في نية تملك مال الغير من سوء نية واعتداء على حقوق الاخرين ، ويتحمل تبعة الهلاك حتى لوكان بقوة قاهرة [1] ولاسبيل الى معرفة أحد الأمرين الا باللجوء الى النية والقصد[2] .

وتبين لنا مما تقدم أهمية الدور الذي لعبه القصد قي تكييف صفة اليد وأعتبار الملتقط أمينا أو ضامنا تبعا لنيته وقصده عند الالتقاط ، ولايمكن التعرف على هذين الحكمين المختلفين الا بالركون الى النية والقصد ، ففعل الأخذ في الحالتين واحد ، لكن الحكم اختلف تبعا لاختلاف النية والقصد عند الالتقاط.

ونظرا لأن واقعة اللقطة تضمر وراءها احدى ارادتين متباينتين[3] ومصدر هذا التباين هو التباين في القصد ، وبما أن الأخير من كوامن النفس فهي أمور خفية بحيث يصعب استخلاصها ، لذا فان فقهاء الحنفية [4] لم يكتفوا بالوقوف عند القصد والاستناد اليه كمعيار لتحديد طبيعة يد الملتقط وضمانه أو عدم ضمانه ، بل اشترطوا الاشهاد [5] للتمييز بين نية الحفظ لمالكه عن نية تملكه ، بعبارة أخرى انه

---

(1) لاحظ: د. حسن على الذنون ، مرجع سابق ،ص279.

(2)لاحظ: د. حامد مصطفى ، مرجع سابق ،ص97.

(3) لاحظ: د. محمد وحيد الدين سوار ، مرجع سابق ، ص45 ، د. حسن على الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الخطأ ، مرجع سابق ، ص300.

(4) لاحظ : عبدالمطلب رزاق حمدان ، مرجع سابق ، ص63 .

(5) المقصود بالاشهاد أن يقول الملتقط بمسمع من الناس أني التقطت لقطة ، فأي الناس أنشدها فدلوه علي ودليل الحنفية على وجوب الاشهاد ما روي عن عياض بن حمار رضي الله عنه قال: قال رسول الله (ص) ((من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وليحفظ عفاصها و وكاءها ثم لايكتم ولايغيب فأن جاء ربها فهو أحق بها والا فهو مال يؤتيه من يشاء)) وقالوا ان عبارة (فليشهد) أمر ، والامر يقتضي الوجوب واذا لم يشهد فهو دليل على انه أخذها لنفسه ،لاحظ بشأن تخريج الحديث ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، مرجع سابق ، حديث رقم 2525 ، ص 427. أما الشافعية فيرون في الاشهاد أمرا مستحبا واستدلوا في ذلك بالسنة ، فقد روى زين بن خالد الجهني ((أعرف عفاصها و و وكاءها ثم عرفها سنة)) لاحظ : ابن ماجة ، المرجع السابق ، ص 427 ، وفي هذا الحديث الشريف أمر بالتعريف دون الاشهاد ولايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، ولوكان الاشهاد واجبا لكان النبي (صلى الله عليه وسلم) قد قام ببيان ذلك الامر-

يضع الحد الفاصل للتمييز بين جهة الامانة من جهة الضمان ، ويسقط عن الملتقط الضمان لأنه يدل على انه أخذ اللقطة نيابة عن صاحبها وان يده يد أمانة ، وبعكسه فأن عدم الاشهاد يدل على انه اخذه لنفسه وبقصد تملكه ، مما يؤدي الى استقرار الضمان عليه ويأخذ حكم الغصب ويده يد ضمان ، والمغصوب مضمون على الغاصب.

ويعد القانون المدني العراقي المدونة العربية الوحيدة التي نظمت أحكام اللقطة وتناولها من خلال مادة واحدة وهي المادة (974) من القانون المدني العراقي ، وذلك بايراده ضمن حالات خاصة من الايداع فقد نصت هذه المادة على أنه ((1- اذا وجد شخص شيئا ضائعا فأخذه على سبيل التملك ، كان غاصبا ووجب عليه الضمان اذا هلك ولو بدون تعد. 2- أما اذا أخذه على أن يرده لمالكه كان أمانة في يده ووجب تسليمه للمالك وفقا للاجراءات التي يقررها القانون)).

وبأمعان النظر في هذه المادة نجد أن عد يد الملتقط يد أمانة أم يد ضمان يكون تبعا لاختلاف نية الملتقط وقصده عند التقاط المال ، فاذا كان قد أخذ الشيء الضائع بنية رده الى مالكه الأصلي فان يده تكون يد أمانة في هذه الحالة ولايضمن بالتالي هلاك المال الا اذا صدر منه خطأ أوتقصير ، بينما اذا أخذه بنية الاحتفاظ به لنفسه وتملكه فهو سيء النية ويعد غاصبا ويده يد ضمان ويضمن تبعة هلاك الشيء أيا كان سبب الهلاك حتى لو كان بسبب أجنبي ، فيحدد أنه أمين أو غاصب تبعا لنيته وقصده عند الالتقاط [1] .

= وقد سئل عن حكم اللقطة فلم يذكر انه واجب ، فلو كان واجبا لكان قد ذكر الامر فيتعين حمل الامر في حديث عياض على الندب و الاستحباب دون الوجوب ، للتفاصيل أكثر لاحظ : د. عبد المطلب رزاق حمدان ، المرجع السابق ، ص63-64.

(1) لاحظ : د. حسن على الذنون ، الخطأ ، مرجع سابق ، ص330.

ويلاحظ على هذه المادة أن المشرع قد عد الملتقط فيها غاصبا ويأخذ حكم الغصب ، ولايستطيع بالتالي أن يحتج على المالك بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية أو دليل الملك) حيث يشترط لاعمال حكم هذه القاعدة الا يكون المنقول قد خرج من تحت يد مالكه باحدى الوسائل التي حددها القانون وهي الضياع والسرقة والغصب وخيانة الأمانة ، فله أن يسترده في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة[1].

ونجد بذلك أن كلا من الفقه الاسلامي والقانون المدني قد اعتدا بالقصد المدني في مسألة اللقطة ، فالمشرع العراقي قد تأثر بالفقه الاسلامي تأثرا واضحا وجاءت أحكام اللقطة مأخوذة من هذا الفقه ومتفقة تماما معه ، حتى أننا نستطيع أن نقول أنه يعد من أبرز المسائل التي تؤدي فيه القصد والنية دورها ، ونلجأ لتحديد قصده المدني هل هو حسن أو سيء تبعا لنيته عند الالتقاط .

(1) لاحظ : المادة (1164) من القانون المدني العراقي ، والمادة (1190) من القانون المدني الأردني ، و المادة (977) من القانون المدني المصري.

المطلب الثالث
الحيازة بسوء النية

لكي توجد حيازة بالمعنى القانوني الدقيق لابد من أن يتوافر فيها عنصران ، احداهما مادي والآخر معنوي ، ويترجم العنصر المادي في القيام بالأعمال المادية التي يستلزمها مضمون الحق محل الحيازة وتتفق مع طبيعتها [1] والأعمال المادية التي يتوافر بها هذا العنصر هي استعمال الشيء واستغلاله وذلك بالقدر الذي تسمح به طبيعة الشيء [2] فالسيطرة المادية بالنسبة للدار تكون بالسكن فيه أو ايجاره للغير ، أو القيام بحرثه وزراعته اذا كان من العقارات الزراعية [3].

أما المقصود بالعنصر المعنوي فهو القصد ، فيجب لقيام الحيازة وانتاجها لآثارها القانونية توافر العنصر المعنوي المتمثل في قصد تملك الشيء محل الحيازة أو الظهور بمظهر صاحب حق من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع أو الارتفاق أو السكنى [4] ويجب توافر هذا العنصر عند الحائز شخصيا ولا تجوز النيابة فيه [5] .

---

(1) لاحظ : د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص403.

(2) لاحظ : د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص202.

(3) لاحظ : المحامي ياسين غانم ، الحيازة وأحكامها في التشريع السوري و التشريعات العربية ، الطبعة الثانية مزيدة و منقحة ، تنوير للتنضيد و الطباعة ، 1995، ص22.

(4) لاحظ : المحامي ياسين غانم ، مرجع سابق ، ص26.

(5) ونظرا لأن الركن المعنوي قوامه نية التملك ، فأنه يشترط في الحائز أن يكون أهلا ، فلا يمكن تصور صدور نية التملك من عديمي التمييز ، كالصبي دون السابعة من العمر أو المجنون ، الا أن ذلك لايشكل حائلا بينه و بين كسب الحيازة و ذلك عن طريق من ينوب عنه ، وذلك حسب المادة (950) من القانون المدني المصري ، ولا مقابل له في القانون المدني العراقي ، أما بخصوص المميز الناقص الأهلية، كالصبي المميز و المحجوز عليه لسنه ، فأنه يجوز أن يتوافر عنده شخصيا عنصر القصد ، اذ لا يشترط في توافر عنصر القصد كمال الأهلية بل يكفي فيه التمييز ، ولأن الحيازة تكيف بأنها واقعة مادية تحدث آثارا قانونية وليست تصرفا قانونيا حتى تشترط الأهلية ، وللتفاصيل أكثر حول هذا الموضوع=

ويضع هذا العنصر الحد الفاصل ما بين الحيازة العرضية والحيازة القانونية [1]

والحيازة العرضية هي الحيازة التي تقتصر على مجرد الحيازة المادية المحضة من قبل الحائز ، دون وجود نية لديه في حيازة أي حق من الحقوق العينية ، فهو حائز لحساب غيره لا لحساب نفسه ومن أمثلته المستأجر أو المستعير أو الوكيل أو المودع لديه ، أما الحيازة القانونية فالمقصود بها أن يكون للحائز السيطرة الفعلية على الشيء اضافة الى نية الظهور بمظهر المالك له أو صاحب حق عيني آخر عليه ، وفي مثل هذه الحيازة انما يحوز الشخص لحساب نفسه لا لحساب غيره[2].

ونستنتج مما سبق أن الحيازة العرضية تقوم على الركن المادي فقط بينما يتوافر الركنان المادي والمعنوي في الحيازة القانونية : وبدونها لايمكن وصف الحيازة بأنها قانونية ، ومما يعاب على المشرع العراقي أنه أغفل الاشارة الى الركن المعنوي في تعريفه للحيازة في المادة (1145) من القانون المدني ، وكأن التعريف جاء للحيازة العرضية وليس للحيازة القانونية .

والتفرقة بين هاتين الحيازتين له أهميته ، وذلك نظرا للنتائج التي تترتب على كل منها ، أن الحائز العرضي لايستطيع أن يتمسك بهذه الحيازة لكسب الحق العيني بالتقادم ،لأن الحيازة القانونية وحدها التي تؤدي الى كسب هذه الحقوق بالتقادم ولا يستطيع أيضا أن يحمي حيازته بدعوى من دعاوى الحيازة ، نظرا لأن هذه الدعاوى تختص بالحيازة القانونية وحدها دون الحيازة العرضية [3] .

-لاحظ : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية الجزء التاسع ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص823-825 ، و الهامش رقم (3) في الصحفة 824.

(1) لاحظ : محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص205 .

(2) لاحظ : د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص400-401.

(3) لاحظ : د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، الجزء التاسع ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص829.

الا أن هنالك حالتين استثناهما المشرع المدني ، من هذا الأصل حيث يمنح بموجبه الحائز العرضي الحماية القانونية بدعاوي الحيازة حيث يجيز لمن يحوز بالنيابة عن غيره أن يسترد الحيازة [1] كما وأعطى المستأجر الحق في رفع جميع دعاوى الحيازة وذلك لحماية حيازته العرضية [2] وتجدر الاشارة الى أن بامكان الحائز العرضي تغيير صفة حيازته العرضية ويكون ذلك اما بفعل الغير أو بفعل الحائز ، ولايكفي في تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيتّه والا زالت الحدود بين النوعين من الحيازة ، وأصبح من السهل قلب كل حيازة عرضية الى حيازة قانونية [3].

كما وأن القصد هو الذي يميز الحيازة الحقيقية من الحيازة التي يمارسها الغير على أنها رخصة من المباحات أو عمل مبني على سبيل التسامح ، بعبارة أخرى أن الركن المعنوي منتفي في الاعمال المبنية على التسامح [4].

وبناءا على ما تقدم فان حماية الحائز لحساب غيره بدعاوي الحيازة واعطاء النائب عن غيره حق استرداد الحيازة ، هو انعكاس للنظريتين الشخصية والمادية في الحيازة [5] نظرا للخلاف والجدال الفقهي الحاد الذي أثاره الركن المعنوي ، فأنقسموا بشأنها الى تلك النظريتين الشخصية والمادية .

---

(1) لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (1150) من القانون المدني العراقي ومتفقة مع الفقرة الثانية المادة (958) من القانون المدني المصري.، وهذه الدعاوي عبارة عن دعوى استرداد الحيازة و دعوى منع التعرض و دعوى وقف الاعمال الجديدة.

(2) لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (575) من القانون المدني المصري.

(3) لاحظ : لتفاصيل أكثر حول هذا الموضوع : د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص401 ، والمادة (1160) من القانون المدني العراقي ، متفقة مع المادة (972) من القانون المدني المصري.

(4) لاحظ : المحامي ياسين غانم ، مرجع سابق ، ص26. الفقرة الثانية من المادة (1145) من القانون المدني العراقي ، موافقة للفقرة الاولى من المادة (949) من القانون المدني المصري ، وتقابلها الفقرة الثالثة من المادة (1171) من القانون المدني الأردني .

(5) لاحظ : د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص402-403.

وتذهب النظرية الشخصية والذي يمثله الفقيه الفرنسي (سافيني) الى أن للحيازة عنصرا معنويا الى جانب العنصر المادي ، ولاتقوم الحيازة على مجرد السيطرة المادية ، بل يجب بالاضافة الى ذلك توافر عنصر معنوي وهو عنصر القصد ، ويقصد بهذا العنصر حسب رأي أصحاب هذه النظرية أن يكون الحائز قاصدا أن يستعمل الحق لحساب نفسه ، فيباشر سلطته على الشيء بقصد الظهور بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر عليه [1].

أما النظرية المادية وصاحبها الفقيه الألماني (اهرنج) تذهب الى القول أن عنصر القصد ليس عنصرا مستقلا عن عنصر السيطرة المادية ، ولايمكن الفصل بينهما ، بل أن العنصر الأول (المادي) يتضمن العنصر الثاني (المعنوي) ، واذا كانت توجد ارادة أو نية أو قصد في الحيازة ، فليست هذه الارادة أو القصد الا في الاعمال المادية التي يقوم بها الحائز لتحقيق سيطرته ، اذ أن هذه الاعمال يجب أن تكون أعمالا ارادية قصدية ، سواء أكان الشخص يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره ، وذلك بخلاف النظرية الشخصية والتي يجب فيها أن يحوز الشخص لحساب نفسه حتى يعد حائزا [2].

وتنحصر أهم النتائج المترتبة على كلتا النظريتين في أن النظرية الشخصية لا تقرر الحماية القانونية بمقتضى دعاوى الحيازة الا للحيازة القانونية دون الحيازة العرضية ، فلا تحمي هذه النظرية حيازة المستأجر ، أما النظرية المادية فترى أن هذه الحماية تمتد أيضا للحيازة العرضية وتشملها [3].

---

(1) لاحظ : د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، الجزء التاسع ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص803-805 .

(2) لاحظ : د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص805-808 .

(3) لاحظ : د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص403.

ونستنتج من كل ذلك أنه وعلى الرغم من أن التشريعات العربية قد تأثرت تأثرا كبيرا بالنظرية المادية واستمدت منها أهم نتائجها من حيث اعطائها الحماية للحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة [1]. واعطاء النائب عن غيره حق استرداد الحيازة[2].

الا أن هذه الحالات تبقى استثناءا والاستثناء لايجوز التوسع فيه ، وتبقى تأخذ بالنظرية الشخصية ، فتوجب هذه التشريعات لقيام الحيازة توافر العنصر المعنوي وهو عنصر القصد المتمثل في نية استعمال حق من الحقوق والدليل على ذلك أيضا المادة (963) من القانون المدني المصري [3] والتي تنص على انه ((اذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له حق الحيازة المادية ، الا اذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة)) حيث قابلت هذه المادة ما بين الحيازة المتضمنة على عنصر نية استعمال الحق ومجرد الحيازة المادية [4].

الا أن هذا الركن المعنوي المتمثل في نية التملك التي اشترطت القوانين توافرها في الحيازة والتي لاتقوم بدونها قد يكون قصدا حسنا وقد يكون قصدا سيئا ، ذلك لأن الحيازة ليست دائما قائمة على عمل غير مشروع ، اذ قد يكون هناك سببا صحيحا لها ، وهذا ما حدا بالمشرع أن يميز بينهما ، كما وأن الآثار التي تترتب على الحيازة من كسب الملكية بالتقادم الطويل أو القصير وتملك الثمار وتحديد

---

(1) لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (575) من القانون المدني المصري.

(2) لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (1150) من القانون المدني العراقي ، متفقة مع الفقرة الاولى من المادة (958) من القانون المدني المصري.

(3) المادة (1147) من القانون المدني العراقي.

(4) لاحظ : في تفاصيل هذا الموضوع د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، الجزء التاسع ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص815 و الهامش رقم (2) و (3) من نفس الصفحة.

مسؤولية الحائز عن الهلاك مرتبط بشكل أساس فيما اذا كانت هذه الحيازة بحسن نية أو سوء نية ، فتختلف الاحكام تبعا للقصد والنية الحسنة أو السيئة .

فماعدا حالات دعاوى الحيازة الثلاث والتي لاتحتاج لرفعها أن يكون الحائز حسن النية ، فللحائز رفعها حتى لوكان سيء النية ، فأن هنالك أهمية للتمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيازة في الاحوال الآتية :[1]

1- في اعتبار الحيازة سببا للتملك ، يختلف حكم الحيازة بحسن نية اختلافا بينا عن حكم الحيازة بسوء نية.

2- تملك الثمار، فيجب التميز فيها بين ما اذا كان الحائز حسن النية أو سيء النية.

3- عند استرداد الحائز من المالك المصروفات النافعة التي يكون قد أنفقها على العين، حيث يختلف الحكم فيما اذا كان الحائز حسن النية عما اذا كان سيء النية .

4- في مسؤولية الحائز عن هلاك العين التي كانت في حيازته ، فأن حكم الحيازة بسوء النية تختلف عن حكم الحيازة بحسن النية ، لذا يجب التمييز بينهما.

ونحن بدورنا سنقوم تباعا بتوضيح كل هذه الحالات والتطرق لها بشيء من التفصيل ، حيث سنصل من خلالها الى أحكام الحيازة بسوء نية أو بالاحرى الآثار التي تترتب على القصد المدني السيء نظرا لأن الحائز سيء النية ، والحيازة بسوء النية احدى التطبيقات القائمة على قصد مدني سيء .

ولكن من قبل الولوج في تلك المسائل يجب أن نسأل متى يعتبر الحائز سيء النية؟

في سبيل الجواب على هذا السؤال نقول أن المشرع العراقي قد اعتمد على (عنصر العلم والارادة) كعنصرين مهمين في القصد المدني الواجب توافره في بعض الانظمة القانونية ، شأنه شأن القصد الجنائي والذي يقوم بدوره على (العلم

---

(1) لاحظ : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، الجزء التاسع ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص863.

والارادة) ، فقد قام المشرع المدني العراقي بالتمييز بين حسن النية وسوئها واعتمد في ذلك التمييز على العلم ، ثم يعتمد على الارادة ، وذلك حسب المادة (1148) من القانون المدني العراقي [1] اذ عرف الحائز حسن النية بأنه من يحوز الشيء وهو يجهل(لايعلم) أنه يعتدي على حق الغير ، ولاتزول صفة حسن النية من الحائز الا من الوقت الذي يصح فيه (عالما) أن حيازته تشكل اعتداء على حق الغير ، فأذا كان يعلم أنه يعتدي على حق الغير يعد سيء النية ، فلا يستفيد بالتالي من الحماية القانونية المقررة لمصلحة حسن النية ، لكن العلم وحده غير كاف لكي يصبح الحائز سيء النية ، بل لابد أن يكون قد أراد الاعتداء على حق الغير ، حتى ولو اعتقد أن له حقا في الحيازة ، وهذا ما دفع بالمشرع الى اضافة عبارة (ويعد كذلك سيء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالاكراه ، ولو اعتقد أن له حقا في الحيازة)[2].

وهنالك حالة أخرى يعد بموجبها الحائز سيء النية وهي حالة ما اذا ثبت أن الحائز ، وان كان لايعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير ، نتيجة خطأ جسيم ، كان ينبغي عليه أن يعلم ذلك ، حيث الجهل بالاعتداء على حق الغير لايعتد به ، اذا كان سببه الخطأ الجسيم [3]، ونظرا لعسر اثبات سوء النية ولتعلقها بالنوايا الخفية

---

(1) المادة (965) من القانون المدني المصري.

(2)لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ، ص57-58 علما ان هذا البحث هو أول بحث استخدم فيه مصطلح القصد المدني. والفقرة الثانية من المادة (966) من القانون المدني المصري ، وأضاف المشرع المصري في هذه المادة (اعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى).

(3) وهذه الحالة خاصة بالقانون المدني المصري ولا يوجد في القانون المدني العراقي ، وذلك في المادة (965) منه ، للتفصيل أكثر لاحظ : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، أسباب كسب الملكية ، ج9 ، المجلد الثاني ، مرجع سابق، ص864-866 . و د. محمد سعود المعيني ، مرجع سابق ، ص38.

فيؤخذ الخطأ الجسيم قرينة عليه ، كمن يعلم بالنزاع المتعلق بالعين أو عدم ذكر مصدر الملكية في العقد ، وهذه القرينة غير قابلة لاثبات العكس [1].

وحسن النية يفترض دائما ، مالم يقم الدليل على العكس [2] ويتخلص بذلك الحائز من عبء الاثبات ، ويقع على خصمه عبء اقامة الدليل ونقض تلك القرينة بجميع طرق الاثبات[3].

ونستنتج من ذلك أن المشرع المدني العراقي والمصري قد عرف حسن النية على أساس اعتقاد الحائز نفسه وهو معيار شخصي ويجب أن يكون هذا الاعتقاد تاما لا يشوبه الشك ، الا أن المشرع المصري قد أكمل هذا المعيار الشخصي بمعيار موضوعي مفاده الا يكون جهل الحائز ناشئا عن خطأ جسيم[4].

واذا انتقلنا الى آثار الحيازة ، نتعرف على أحكام الحيازة بسوء نية من خلال النقاط التالية :

أولا: في عد الحيازة سببا للتملك:

يترتب على الحيازة بوصفها سببا من أسباب التملك ، كسب الحائز ملكية ما حازه من حقوق عينية عن طريق التقادم المكسب الذي تقترن به الحيازة المستوفية لعناصرها القانونية ، بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة من الزمن [5].

---

(1) لاحظ : المستشار أنور طلبة ، مرجع سابق ، ص459 .

(2) لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (1148) من القانون المدني العراقي ، تقابلها الفقرة الثالث من المادة (965) من القانون المدني المصري .

(3) لاحظ : المستشار أنور طلبة ، مرجع سابق ، ص460 .

(4) لاحظ : د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص430 و محمد طه البشير وغني حسون طه ، مرجع سابق ، ص237 و د. عبد الحميد الشواربي و المستشار المساعد اسامة عثمان ، أحكام التقادم في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1984، ص117-119.

(5) لاحظ : د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، أسباب كسب الملكية ، ج9 ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص984. علما أن القانون المدني العراقي قد اعتبر التقادم (مرور الزمان) سببا من أسباب كسب الملكية وان لم ينص هلى ذلك صراحة وذلك تأثرا منه بالفقه الاسلامي ، وقد نظم أحكام الحيازة المقترنة بمرور الزمان ضمن النصوص التي خصصها لأسباب كسب الملكية ، وذلك بخلاف القانون=

والتقادم المكسب نوعان : التقادم طويل يؤدي الى كسب الحق العيني على العقار أو المنقول ، اذا استمرت حيازة هذا الحق مدة خمس عشرة سنة [1]و تقادم قصير يؤدي الى كسب الحق العيني على العقار فقط دون المنقول ، اذا استمرت حيازة هذا الحق مدة خمس سنوات وكانت مقترنة بحسن النية والسبب الصحيح [2].

ويعتد بكل من حسن النية وسوئها في التقادم المكسب ، فاذا كان الحائز سيء النية فأنه يكسب المكلية في العقار والمنقول بالتقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة ولايجوز الاتفاق على تعديل هذه المدة ويعتبر هو الاصل العام في التقادم أما التقادم القصير فيؤدي الى كسب الحق على العقار فقط دون المنقول بشرط أن تقترن بحسن نية الحائز ومستندة الى سبب صحيح [3] .

ونخلص بذلك الى القول أن انتفاء القصد المدني السيء يؤثر على كسب الحائز ملكية المال بالتقادم الخمسي المقترن بالسبب الصحيح وحسن النية ، كما ويؤدي الى كسب ملكية المنقول في الحال ، دون ضرورة توافر فاصل زمني ، فقد اعطاهما القانون ميزة تقصير المدة ، أما القصد المدني السيء فيؤدي الى كسب ملكية العقار والمنقول بمرور خمس عشرة سنة ، فالقصد السيء قد أثر على تطويل المدة .

-المدني المصري الذي عد التقادم مكسبا لملكية الشيء أو الحق العيني المجاوز ، فالتقادم في هذا القانون ليس مجرد دفع يستفيد منه الحائز في دفع الدعوى المقامة عليه ، وانما يعطيه حق الدعوى أيضا ، لاحظ المادة (968) من القانون المدني المصري ، و محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص222-223.

(1) لاحظ : المادة (968) من القانون المدني المصري و الفقرة الاولى من المادة (1158) من القانون المدني العراقي . ولتفاصيلها لاحظ : د. عبد الحميد الشواربي و المستشار المساعد أسامة عثمان ، مرجع سابق ، ص81.

(2) لاحظ : المادة (969) من القانون المدني المصري.

(3) لاحظ : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، أسباب كسب الملكية ، ج9 ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص1012 وما بعدها ، د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص418.

وبذلك فأن حكم الحيازة بحسن نية يختلف عن حكم الحيازة بسوء النية اختلافا بينا وذلك في النقاط الآتية [1]:-

1- اذا كان الحائز سيء النية ، فأنه لا يمتلك بالتقادم كل من العقار والمنقول الا بعد مرور خمس عشرة سنة أي بالتقادم الطويل .

2- اذا كان الحائز حسن النية ، فأنه يتملك العقار بالتقادم القصير ، أي بعد مرور خمس سنوات واقتران حيازته بالسبب الصحيح .

3- واذا كان حسن النية ، فأنه يتملك المنقول في الحال بمجرد الحيازة وذلك حسب قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية أو دليل الملك) لكن الحكم في القانون المدني العراقي لايقضي بعد الحيازة سببا للملك ، بل مانعا من سماع الدعوى بالملكية[2].

---

(1) لاحظ : بشأن هذه النتائج د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، لسباب كسب الملكية ، ج9 ، المجلد الثاني، مرجع سابق ، ص863.

(2) لاحظ : لاحظ : المادة (1163) من القانون المدني العراقي موافقة للمادة (1189) من القانون المدني الأردني ، و المادة (976) من القانون المدني المصري ، وتجدر الاشارة هنا الى أن قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) يمثل اتجاه القانون المدني المصري ، بينما يمثل (قاعدة الحيازة في المنقول دليل الملك) مسلك القانون المدني العراقي ، ومضمون كل من الاتجاهين مختلف ، فالقاعدة التي أقرها المشرع العراقي تمثل قرينة قانونية قاطعة على أن الحائز مالك للمنقول المحاز ، فاذا واجه الحائز المالك الحقيقي للمنقول ، فان حيازته تعد قرينة قانونية بسيطة على ملكيته ، وللمالك أن يدحضها و يثبت عكسها بطرق أخرى تقدرها المحكمة ، ويستوى في ذلك أن تكون حيازة الحائز بحسن نية أو بسوئها ، لما اذا تنازع الحائز مع من تلقى منه الحيازة و كان هذا الأخير ليس المالك الحقيقي للمنقول المحاز ، فيعد حيازة الحائز وقتها قرينة قانونية قاطعة على انه مالك لذلك المنقول ، شريطة أن تكون الحيازة بحسن نية و سبب صحيح ، و يختلف بذلك مسلك المشرع المدني العراقي عن المسلك الذي اتبعه المشرع المدني المصري من حيث النتائج التي تترتب على كلتا الاتجاهين ، فدرجات الحماية القانونية تختلف فيما اذا كانت القرينة القانونية التي اقرها المشرع قرينة قانونية بسيطة أم قرينة قانونية قاطعة أم كانت قاعدة موضوعية ، والقانون المدني المصري قد حمى الحائز بقاعدة موضوعية مفادها ان الحائز وبمجرد توافر حسن النية والسبب الصحيح أصغى مالكا للمنقول الذي في حوزته ، ويعد القاعدة الموضوعية أفضل وسيلة للحماية نظرا لأن ليس بامكان من ينازع الحائز فيما يحوزه أن يطلب من المحكمة القيام باستجواب الحائز-

ثانيا : تملك الثمار:

لاتثار مسألة تملك الثمار بالحيازة فيما اذا نجح الحائز في كسب الملكية . عدم سماع دعوى المكلية على الحائز ، أو حقا عينيا آخر عليه ، لأنها تعد في هذه الحالة مسألة تبعية ، لأن الحائز اذا نجح في كسب ملكية الشيء محل الحيازة فأنه يتملك ثماره بوصفه مالكا أو صاحب حق عيني آخر عليه [1] بل تثار هذه المسألة في حالة عدم تمكن الحائز من كسب ملكية الشيء أو الحق الذي يحوزه ونجح المالك في استرداد العين من يده وتكون الثمار[2] التي أنتجها الشيء خلال حيازة

=للحصول على اقرار منه أو أن يحلفه (توجيه اليمين) كي ينكل فيكون النكول عن حلف اليمين بحكم الاقرار الضمني ، بل لابد في مثل هذه الحالة أن يطعن بحسن النية أو السبب الصحيح الذي في حوزة الحائز لكي ينازع في ملكيته ، أما الحائز المحمي بقرينة قانونية قاطعة فأنه يتمتع بحماية قانونية أقل قوة وتأثيرا من الحماية التي توفرها له القاعدة الموضوعية ، وذلك لأن هذه القرينة يمكن أن تدحض بالاقرار أو النكول عن حلف اليمين وذلك حسب المادة (101) من قانون الاثبات العراقي التي تنص على أنه : ((يجوز قبول الاقرار و اليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة التي لاتقبل اثبات العكس في الامور التي لاتتعلق بالنظام العام)) . وبالتالي لايمكن للمحكمة أن ترفض طلب مدعي الملكية توجيه الاستجواب الى الحائز (المدعى عليه) أو توجيه اليمين له ، فاذا أقر الحائز بالحق أو نكل عن حلف اليمين ، فهذا يعد دحضا للقرينة القانونية القاطعة التي أقرها القانون لمصلحته ، هنا يكمن جوهر الاختلاف بين الاتجاهين ، للتفاصيل أكثر بشأن هذا الموضوع لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد و د. نواف حازم خالد ، مرجع سابق ، ص62-64 و بشأن القرائن لاحظ : عماد زعل الجعافرة ، القرائن في القانون المدني ، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،2003 ، ص71.

(1) لاحظ : د. محمد احمد مصطفى الكزني ، أثر الحيازة في تملك الثمار في الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الفرنسية و المصرية و العراقية ، بحث منشور في مجلة زانكو ، تصدر عن جامعة صلاح الدين ، اربيل ، العدد الخاص بوقائع المؤتمر العلمي الثالث ، الدراسات الانسانية ، المنعقد بتأريخ 3-4 حزيران 1997 ، الجزء الأول ، ص159.

(2) وتختلف الثمار عن الحاصلات أو المنتجات في أن الثمار عبارة عن ما ينتجه الشيء من غلة متجددة في أوقات دورية متعاقبة ، فقد تكون طبيعية كالزرع الذي تخرجه الأرض بدون تدخل من الانسان ، وقد يكون ثمار صناعية أو مستحدثة نتيجة تدخله كالمحصول و للفاكهة وقد تكون مدنية كالأجرة و الفوائد دون أن تؤثر أو تغيير أو تنقص من أصل ذلك الشيء ، أما المنتجات فهي التي تخرج من الشيء بتدخل من الأنسان وهي غير دورية وغير متجددة وتنتقص من أصل الشيء ، كالمعادن التي تخرج من المناجم=

الحائز له من حق المالك [1] الا انه اذا كان الحائز حسن النية فبامكان أن يكتسب الثمار التي قبضها [2] ويقصد بحسن النية بالنسبة لتملك الثمار بالحيازة جهل الحائز بعيوب حيازته ، أيا كانت هذه العيوب [3] ولايشترط اقتران حيازته بالسبب الصحيح لكي يتمكن من كسب ملكية الثمار التي قبضها لا وقت تلقي الحق كما في التقادم القصير ولا وقت بدء كسب الحيازة ملكية المنقول[4]ويجب توافر حسن النية وقت جني الثمار وقبضها [5] الا ان الحائز لايمتلك الثمار في الاحوال التالية [6]:

1- اذا كان الحائز سيء النية من البداية .

2- اذا كان حسن النية في أول الأمر ، ولكنه اصبح سيء النية بعد ذلك .

3- اذا رفع عليه المالك دعوى الاسترداد حتى لو ظل حسن النية بعد رفع الدعوى، أو لجأ الى استعمال القوة في استرداد الحيازة من المالك [7].

=والأحطاب التي تقطع من الغابة ، وأهمية التمييز بينهما يكمن في أن الحائز يتملك الثمار دون المنتجات اذا كان في قبضه له حسن النية ، أما المنتجات فلا يجوز اكتساب ملكيتها الا مع اكتساب ملكية العقار بأسباب كسب الملكية التفاصيل أكثر حول هذا الموضوع لاحظ : المستشار أنور طلبة ، مرجع سابق ، ص662-663 ، المحامي ياسين غانم ، مرجع سابق ، ص300-303 ، د. محمد احمد مصطفى الكزني ، مرجع سابق ، ص167.

(1) لاحظ : د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص260.

(2) لاحظ : المادة (1165) من القانون المدني العراقي ، التي تنص على انه ((يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته)) ، توافقها الفقرة الاولى من المادة (978) من القانون المدني المصري . والمادة (1191) من القانون المدني الأردني .

(3) لاحظ : د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، أسباب كسب الملكية ، ج9، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص1177-1178.

(4) لاحظ : المحامي ياسين غانم ، مرجع سابق ، ص303-304.

(5) لاحظ : د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص446 ، و المادة (1165) من القانون المدني العراقي والفقرة الاولى من المادة (978) من القانون المدني المصري

(6) لاحظ : د. محمد احمد مصطفى الكزني ،مرجع سابق ، ص169-170.

(7) وهذه الحالة ليست مصرحا بهافي المادة (1166) من القانون المدني العراقي ، لكي يمكن أن تستكمل بنصين آخرين وردت فيهما هذه الحالة بالذات وهما نص الفقرة الثانية من المادة (1148) والتي تنص=

وبناءا على ما سبق قوله ، فأن الحائز سيء النية يلتزم برد الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها مدة حيازته ، غير أن القانون اعطاه الحق في استرداد ما أنفقه في انتاج هذه الثمار وذلك منعا لاثراء المالك على حسابه دون سبب [1] الا انه قد ينجح في عدم رد الثمار لمالكه وذلك في احدى الفروض الآتية [2]:

1- اذا نجح في تملك العين بالتقادم الطويل ، فأنه يكسب ملكية ثمارها تبعا لملكية العين ، وذلك بفضل الأثر الرجعي للتملك بالتقادم.

2- اذا تملك الحائز سيء النية الثمار مستقلا عن أصل العين .

3- اذا انقضى التزام الحائز سيء النية برد الثمرات بأنقضاء خمس عشرة سنة وسقوط دعوى استرداد الثمار بالتقادم المسقط [3]، فهو ليس من الحقوق الدورية

-على أنه ((لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز الا من الوقت الذي يصبح فيه عالما ان حيازته اعتداء على حق الغير ، ويعد كذلك سيء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالاكراه ، ولو اعتقد ان له حقا في الحيازة)) والفقرة الثانية من المادة (233) والتي جاءت فيها ((وفي كل الاحوال يلزم برد ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من يوم رفع الدعوى)) لاحظ بشأن التفاصيل : د. محمد احمد مصطفى الكزني ، مرجع سابق ، ص170. كما وان هذه الحالة غير مصرح بها في المادة (979) من القانون المدني المصري فيجب أن تستكمل بنصين آخرين وهما الفقرة الثانية من المادة (966) و المادة (185) بفقراتها الثلاث وذلك من القانون المدني المصري لاحظ بشأنها : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، أسباب كسب الملكية ، ج9 ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص1191.

(1) لاحظ : المادة (1166) من القانون المدني العراقي و المادة (1192) من القانون المدني الأردني و المادة (979) من القانون المدني المصري و د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص262، وتجدر الاشارة الى ان المشرع المدني العراقي قد استخدم عبارة (الزوائد و المنافع) في المادة (1165) منه ، بينما استخدم عبارة (الثمار) وذلك في المادتين (1166و 1252) وترك للشراح تحديد معنى كل من الثمار و الزوائد و المنافع ، لاحظ : د. محمد احمد مصطفى الكزني ، مرجع سابق ، ص168.

(2) لاحظ : د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، أسباب كسب الملكية ، ج9، المجلد التاسع ، مرجع سابق ، ص1189 و د. محمد احمد مصطفى الكزني ، مرجع سابق ، ص169.

(3) لاحظ : الفقرة الثانية من المادة (430) من القانون المدني العراقي والتي جاءت فيها رد أما الريع المستحق في ذمة الحائز سيء النية و الريع الواجب على متولي الوقف اداؤه للمستحقين فلا تسمع-

المتجددة التي تسقط بالتقادم الخمسي ، فهو دين يتقرر في ذمة الغاصب في جملته ، كتعويض عما فات الدائن من الانتفاع [1].

ونخلص بذلك الى القول أن القانون قد أقام التفرقة بين القصد المدني الحسن والقصد المدني السيء عند بحثه مسألة تملك الثمار بالحيازة ووضع لكل منهما حكما يختلف عن الآخر نظرا لاختلاف النوايا والمقاصد .

وذلك بخلاف صاحب القصد المدني السيء الذي يلتزم برد الثمار التي قبضها والتي اهمل وقصر في قبضها أيضا ، نظرا لتوجه ارادته نحو الاعتداء على حق الغير مع علمه بعائدية المال الى شخص آخر ، فصاحب القصد المدني الحسن يمتلك الثمار بالحيازة وحماه المشرع المدني العراقي من خلال المادة (1165) منه والتي تعد قاعدة موضوعية .

ثالثا : استرداد الحائز المصروفات:

عندما ينجح المالك في استرداد العين من الحائز سواء أكان حسن النية أم سيء النية فأنه ملتزم لتجاه الحائز برد ما أنفقه من المصروفات في سبيل المحافظة عليه أو ترميمه أو تحسينه أو الزيادة فيه وذلك منعا لاثراء المالك على حساب الحائز دون سبب [2] الا أن هذا الرد يختلف بحسب ما اذا كانت هذه المصروفات مصروفات ضرورية ، أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية [3].

=الدعوى بهما على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة و الفقرة الثانية من المادة (375) من القانون المدني المصري ، و الفقرة الثانية من المادة (450) من القانون المدني الأردني .

(1) لاحظ : د. محمد سعود المعيني ، مرجع سابق ، ص91.

(2) لاحظ : محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص263.

(3) لاحظ : المادة (1167) من القانون المدني العراقي بفقراتها الثلاث ، و المادة (1193) من القانون المدني الأردني و توافق المادة (980) من القانون المدني المصري.

والمقصود بالمصروفات الضرورية [1] هي المصروفات غير العادية التي يقوم الحائز بانفاقها في سبيل المحافظة على العين من الهلاك أو التلف أو ترميم السقف المهدد بالانهيار أو تقوية أساساته [2] ويلتزم المالك بردها للحائز ولو كان سيء النية ، اذ يستوي في ردها أن يكون الحائز حسن النية أم سيء النية [3] بخلاف الأمر في رد المصروفات النافعة التي تزيد من قيمة العين وتكثر من أوجه الانتفاع به [4] حيث يقتضي التمييز بين حسن نية الحائز أو سوء نيته وتسري في شأنها أحكام الالتصاق [5] ، فاذا كان الحائز حسن النية وأنفق مصروفات نافعة فعلى المالك أن يرد له أقل القيمتين بين ما أنفقه الحائز فعلا أو مبلغا يساوي الزيادة التي حصلت في قيمة العين بسبب هذه المصروفات ، أما اذا كان الحائز سيء النية أي صاحب قصد مدني سيء فالمالك الخيار بين طلب ازالة التحسينات التي أحدثها الحائز أو ، استبقائها كما هي ، أما المصروفات الكمالية [6] وهي مصروفات غير ضرورية وغير نافعة ولا تزيد من منفعة الشيء أو قيمتها وكان يمكن الاستغناء عنها كالطلاء وكسوة الجدران بالورق وعمل ديكورات فلا يلتزم المالك برد شيء منها للحائز سواء أكان حسن النية أم سيئها ولايتمكن من استعادتها ويمكن للمالك طلب نزعها وازالتها وان يعيد العين الى ما كانت عليها ، كما ان له أن يستبقيها

---

(1) لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (1167) من القانون المدني العراقي و الفقرة الاولى من المادة (1193) من القانون المدني الأردني و الفقرة الاولى من المادة (980) من القانون المدني المصري.

(2) لاحظ : محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص264.

(3) لاحظ : المستشار أنور طلبة ، مرجع سابق ، ص695.

(4) لاحظ : الفقرة الثانية من المادة (1167) من القانون المدني العراقي و الفقرة الثانية من المادة (980) من القانون المدني المصري ، و الفقرة الثانية من المادة (1193) من القانون المدني الأردني.

(5) لاحظ : المواد (1119، 1120) من القانون المدني العراقي ، (924،925) من القانون المدني المصري و المواد (1141 ، 1143) من القانون المدني الأردني .

(6) لاحظ : الفقرة الثالثة من المادة (1167) من القانون المدني العراقي ، و الفقرة الثالثة من المادة (980) من القانون المدني المصري و الفقرة الثالثة من المادة (1193) من القانون المدني الأردني.

مقابل دفع قيمتها مستحقة القلع [1]. وقد نصت المادة (1167) مدني عراقي على حكم هذه المصروفات الثلاثة ، حيث جاء فيها : ((1-على المالك الذي رد اليه ملكه أن يؤدي الى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية ، والمصروفات الاضطرارية هي المصروفات غير الاعتيادية التي يضطر الشخص الى انفاقها لحفظ العين من الهلاك 2- أما المصروفات النافعة فتسري في شأنها أحكام المواد 1119 و1120)).

رابعا : مسؤولية الحائز عن الهلاك :

ينبغي التمييز في هذا الصدد بين ما اذا كان الحائز حسن النية أم سيء النية ، فاذا كان الحائز حسن النية وتلف الشيء في يده ، فأنه لا يكون مسؤولا عن هذا الهلاك ، مادام يستغله وفقا لما يحسبه أن له فيه حق ، ولو كان ذلك بتقصير وتعد منه [2] .

الا أن القوانين قد بينت مسؤولية الحائز سيء النية ، فهو يلتزم بتعويض المالك عن الشيء الذي هلك تحت يده ، فقد نصت المادة (1168) من القانون المدني العراقي على انه ((اذا كان الحائز سيء النية ، فأنه يكون مسؤولا عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجيء ، الا اذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه))[3].

---

(1) لاحظ : المستشار أنور طلبة ، مرجع سابق ، ص695.

(2) لاحظ : محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص264-265و الهامش رقم (2) من ص264. علما ان القانون المدني العراقي لم يبين مسؤولية الحائز حسن النية عن الهلاك اكتفاءا بالقاعدة العامة المقررة في المادة (1165) ، و ذلك بخلاف القانون المدني المصري الذي بين حكم الهلاك في يد الحائز حسن النية وذلك في المادة (983) منه والأردني في المادة (1195) منه.

(3) لاحظ : المادة (984) من القانون المدني المصري و المادة (1196) من القانون المدني الأردني.

ونستنتج من هذا النص أن يد الحائز سيء النية على الشيء يد ضمان لأنه يحوز الشيء بقصد تملكه على حساب الغير[1] والشطر الأول من هذه المادة قد جاء مؤكدا لقاعدة ((يد الضمان ضامنة وان لم تعتد)) [2] ويؤخذ على الشطر الثاني من هذا النص أن المشرع قد اعطى فرصة للحائز سيء النية للتخلص من المسؤولية والافلات من الضمان في حالة ما اذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف حتى لو بقي في يد مستحقه ، في حين انه كان يجب أن يكون ضامنا دوما لأن يده يد ضمان ، لذا فهو حكم مخالف لمباديء العدالة [3] .

ومن كل ما عرضناه في موضوع الحيازة بسوء نية نجد أن القانون المدني قد اعتد بالقصد المدني الحسن والسيء في نظام الحيازة على حد سواء وخص الحيازة بسوء نية بأحكام ، تختلف عن أحكام الحيازة بحسن نية ، فيعتمد نظام الحيازة أساسا في نشأته على القصد من خلال ضرورة توافر الركن المعنوي المتمثل في نية تملك العين المحازة ، أما الآثار التي تخلفها الحيازة من كسب الملكية وتملك الثمار واسترداد الحائز للمصروفات وتقرير مسؤوليته عن هلاك العين وتلفها هي التي تكفل تحديد اطار منطقة القصد المدني في الحيازة بشكل عام ، فدواعي استقرار المعاملات نفسه قد يكون سببا لتوسعة دور القصد المدني السيء والحسن على حد سواء ، كما في كسب الملكية بالتقادم المقترن بحسن النية والسبب الصحيح أم الطويل، فقد اعتد المشرع في التقادم الطويل بالنية السيئة واعترف بدورها لدواعي تتعلق باستقرار المعاملات .

---

(1) لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ، ص92.

(2) لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد ، مرجع سابق ، ص84.

(3) لاحظ : في شأن هذا الانتقاد ، أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد ، مرجع سابق ، ص84. و د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص210.

الخاتمة

في خاتمة رسالتنا ، فاننا سنبين أهم ما توصلنا اليه من استنتاجات وتوصيات

أولاـ الاستنتاجات :

1. ان بناء نظرية القصد المدني السيء يعتمد بشكل لاغنى عنه علـى نظريـة تدرج الأخطاء ، أو بعبارة أدق على درجات معينة مـن الأخطـاء وهـي الاخطاء التي تتصف بالصفة العمدية ، كالخطأ العمد والغش و(الخطأ غيـر المغتفر) ، أما درجات الأخطاء الأخرى فلايمكن التعويل عليها في تكوين هذا القصد كالخطأ الجسيم والخطأ الارادي وما دونها مـن درجـات الأخطـاء الاخرى ، نظرا لعدم وجود القصد فيها ، وان أي اهمال لدرجات الأخطـاء العمدية هو الغاء لدور القصد المدني السيء ومن هذا المنطلق كانت العلاقـة بينهما متينة.
2. ان اعتماد معيار الشخص المعتاد كمقياس موضوعي يلغي تماما دور نظرية تدرج الأخطاء ، الا اننا لايمكن أن نقول ان هذه النظرية أصبحت غيـر ذي جدوى ، نظرا لارتباط القانون بالجانب الاخلاقي ومازال لها من مظاهر في القانون ما يكفل بقائها كنظرية معمول بها وبناء القصد المدني السيء عليهـا هو تنشيط لدورها وترسيخ لبقائها .
3. استخدم المشرع تارة مصطلح القصد وتارة النية الا انـه توصـل الـى ان المصطلحين مترادفان ، فقد جاءا بمعنى واحد.
4. ان أساس المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي هو الخطأ كقاعدة عامة ، وذلك بدلالة المادتين (186-204) من القانون المدني العراقي حيث استخدم المشرع لفظ (كل تعد) وقصد به كل خطأ وان لم يذكر عبارة الخطأ صراحة ، وقد توصلنا الى هذه النتيجة على الرغم من الجدال الفقهي الحـاد بين رجال القانون ، والذي ذهب الاتجاه الغالب منهم الى أن أساس المسؤولية يكمن في الضرر، محتجين في ذلك بنص المادة (191) من القانون المـدني

العراقي والتي جاءت لمعالجة تضمين الصغير غير المميز وذلك من خلال محاولتهم اثبات تأثر المشرع المدني العراقي بالفقه الاسلامي في هذا المجال.

5. أما بخصوص الفقه الاسلامي فقد استبعد هذا الفقه كقاعدة عامة فكرة العمد أو القصد في الجرائم التي تطال الاموال ، اذ ان القصد أو نية الأضرار ليس بشرط لتحقق الضمان فيها ، اذ المسؤولية تتحقق بمجرد حصول التعدي ، الا ان ذلك يختص بمسؤولية المباشر وحده دون المتسبب فالأخير اختلف الفقه بشأنه ، منهم من قال بضرورة وجود تعمد أو قصد صادر منه لكي يستقر الضمان عليه ومنهم من ساوى بينه وبين المباشر ، الا أن الأرجح أن يشترط فيه القصد ، أما القانون المدني العراقي فقد اتخذ موقفا مغايرا لموقف الفقه الاسلامي فيما يخص مسألة المباشر والمتسبب وذلك في المادة (186) منه حيث اشترط لضمان الفعل الضار الصادر منهما أن يكون ناتجا عن عمد أو تعد .
6. من خلال استعراضنا لموقف المشرع المدني العراقي وجدنا أنه اخذ بتقسيمات اليد من الفقه الاسلامي ، فاليد على الشيء يد ملك والا فهي يد أمانة أو يد ضمان .
7. قام المشرع بتعريف يد الضمان في المادة (427) من القانون المدني معتمدا في ذلك على عنصر النية المتمثل في قصد تملك مال الغير ، كما وان هنالك حالات لايؤدي فيها القصد دورا الا أنها وعلى الرغم من ذلك تعد اليد يد ضمان منها يد البائع قبل التسليم والتي تعد احدى حالات تحول يد الملك الى يد الضمان وهو تحول بنص القانون نظرا لحسن نية البائع ، كما وان نص القانون هو السبب في انتقال الحيازة للخلف العام بنفس صفاتها .
8. لم يعتد المشرع العراقي بقصد التملك في تحول يد الامانة الى يد الضمان فتنقلب يد الامانة الى يد الضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه أو اخذه بغير اذنه .

9. لايكون الأمين مسؤولا عن هلاك المال الموجود تحت يده الا اذا تعدى أو تعمد ، في حين يكون صاحب يد الضمان مسؤولا عن هذا الهلاك حتى لوكان حاصلا بسبب أجنبي ، فالأخير لايقطع الرابطة السببية بين الخطأ والضرر ، ويكون ضامنا للمال وان لم يتعمد أو يتعدى في هلاكه.

10. اغفل المشرع ابراز دور العنصر المعنوي في تعريفه للحيازة في المادة (1145) من القانون المدني العراقي ، في حين كان يجب عليه ابراز هذا الركن في التعريف ، ان كان لوجود التعريف مقتضى في القانون.

ب ـ التوصيات:

ويمكن اجمالها في الآتي:

1. نوصي المشرع بأن يجعل تنظيم أحكام اليد في الباب المخصص للحيازة ، وان يجمع بين الموضوعين قدر الامكان ، اذ أن وجود أحكام اليد في باب انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ ، ووجود الحيازة ضمن أسباب كسب الملكية، أمر يثير الاستغراب ، فيجب الجمع بين الموضوعين في باب الحيازة.
2. نوصي المشرع بأن يقدم نص المادة (427) على نص المادة (426) ، اذ أن المادة (427) وضحت مفهوم كل من يد الأمانة ويد الضمان ، أما المادة (426) فقد أوضحت حكمهما ، ومن المنطقي أن يبدأ المشرع بتحديد المفهوم قبل بيان الحكم .
3. نوصي المشرع بأن يجعل من قصد التملك ، وهو قصد مدني المعيار ، ليس فقط، في تحديده لمفهوم يد الضمان ، بل المعيار في تحديد وقت تحول اليد .
4. نوصي المشرع بأن يبرز دور قصد استعمال المال المحاز لكسب الحق عليه ، بوصفه ركنا معنويا في الحيازة في المادة (1145) مدني ، باضافة عبارة (بقصد كسب الحق على الشيء) الى نهاية الفقرة الاولى من هذه المادة .

5. نوصي المشرع بالغاء هذه العبارة من نص المادة (1168) مدني : ((الا اذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولوكان باقيا في يد من يستحقه)). لأن يد الحائز سيىء لنية يد ضمان ، فهي تضمن في جميع الاحوال لأنها قائمة على قصد مدني سيىء .

هذا ونسأل الله العلي القدير أن نكون قد وفقنا في أداء رسالتنا في هذا البحث ، انه ولي التوفيق .

قائمة المراجع

بعد القرآن الكريم....

أ- الكتب

1. **د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع.**
2. د. ابراهيم سيد احمد ، الوقاية التشريعية والقضائية من الغش في المعاملات المدنية ، ط1 ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2007.
3. ابن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد الخامس عشر ، نشر أدب الحوزة ، ايران ، 1405ه.
4. أبو محمد الشوكاني ، نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار ، ج7 ، دار الجيل بيروت ، لبنان ، 1973.
5. أبي بكر محمد بن احمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي ، المبسوط ، تحقيق أبي عبدالله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي ، قدم له د. كمال عبد العظيم المناني ، المجلد الثامن ، الاجزاء (15-16) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2001.
6. حجة الاسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه مذهب الامام الشافعي ، قدم له وضبطه طارق فتحي السيد ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1425ه ، 2004م.
7. الامام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، شرح صحيح مسلم ، طبعة جديدة ، محققة ومفهرسة ، ومرقمة الأحاديث والأبواب طبقا للمعجم المفهرس لالفاظ الحديث ، مصدرا ب (المنهج السوي في ترجمة امام النووي) للامام جلال الدين السيوطي ، تحقيق طه عبد الرؤوف ، الجزء الثاني ، بدون سنة طبع ، المكتبة التوفيقية .

8. أبي عبدالرحمن احمد بن شعيب بن على الشهير بالنسائي ، سنن النسائي ، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه العلامة المحدث محمد ناصر الدين الالباني ، اعتنى به أبوعبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، الطبعة الأولى ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض ، بدون سنة طبع.

9. أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة ، سنن ابن ماجة ، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه العلاقة المحدث محمد ناصر الدين الالباني ، اعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، ط1 ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض ، بدون سنة نشر .

10. أبي محمد عزالدين بن عبد السلام السلمي ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، اعتنى به المكتب العلمي للتراث ، ج1 ، ط1 ،دار البيان العربي ، الأزهر ، 2002.

11. أحمد على الخطيب ، أحكام الميراث ، جامعة الموصل ، 1982م .

12. د. أسامة عبد العليم فرج الشيخ ، أحكام مسؤولية الأمين في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006.

13. د. أسامة عبد العليم فرج الشيخ ، قاعدة لاضرر ولاضرار في نطاق المعاملات المالية والاعمال الطبية المعاصرة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2007.

14. د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، ج2 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، اسكندرية ، 2005.

15. المستشار أنور طلبة ، التقادم ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع.

16. برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه على مخطوطتين كاملتين محمد محمد تامر

وحافظ عاشور حافظ ، المجلد الرابــع ، ط2 ، دار الســلام ، اسـكندرية ، 2006.
17. تاج الدين عبد الوهاب بن على بن عبد الكافي السبكي ، الاشباه والنظــائر ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود والشيخ على محمد عوض ، المجلــد الأول ، الجزء الأول ، دار الكتب العلميــة ، بيــروت ، لبنـــان ، 1422ه ، 2001م.
18. جبار صابرطه ، اقامة مسؤولية المدنية عن العمل غير المشــروع ، علــى عنصر الضرر ، منشورات جامعة صلاح الدين ، مطبعة جامعة الموصل ، 1984.
19. د. جعفر الفضلي ،الوجيز في العقود المدنية ، ط2 ، بدون سنة طبع .
20. جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، المجلد الأول ، تحقيق محمــد حســن محمــد حســن اسماعيل الشافعي ، ج1 ، ط3 ، دار الكتب العلميــة ، بيــروت ، لبنـــان ، 1427ه ، 2007م.
21. جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، المجلد الأول ، تحقيق محمــد حســن محمــد حســن اسماعيل الشافعي ، ج2 ، ط3 ، دار الكتب العلميــة ، بيــروت ، لبنـــان ، 1427ه ، 2007م.
22. د. جمال مهدي محمود الاكشة ، مسؤولية الآباء المدنية عن الابناء القصــر ، المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية ، 2006.
23. احمد بن على بن حجر العسقلاني ، بلوغ المرام من أدلة الاحكــام ، شــرح ومراجعة مكتب الدراسات والبحوث الاسلامية ، باشراف الشيخ ابراهيم محمد رمضان ، دار القلم ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع .

24. د. حامد عبده سعيد الفقي ، أحكام الغصب في الفقه الاسـلامي ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2005.
25. د. حامد مصطفى ، الالتزامات والعقود في الشـريعة الاسـلامية ، مطبعـة الأهالي ، بغداد ، 1943.
26. د. حسام الدين كامل الاهواني ، الحقوق العينية الأصـلية ، أسـباب كسـب الملكية ، دار ابو المجد ، 1993.
27. د. حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتـزام (المصادر غير الارادية) ، ج1 ، المجلد الثاني ، 1997-1998.
28. د. حسن على الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الخطـأ ، ج2 ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2006 .
29. د. حسن على الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الضرر ، ج1 ، دار وائل للنشر ، عمان 2006.
30. د. حسن على الذنون ، د. محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامـة للالتزام ، ج1، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2002م.
31. المستشار حسين عامر ، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود ، ط2 ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1998.
32. د. حسين عامر وعبدالرحيم عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، الطبعة الثانية ، دار المعارف ، 1979.
33. حمدي اسماعيل سلطع ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقـود المدنية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2006. 4.
34. د. حمدي رجب عبد الغني حسن ، اللقطة ومدى مسؤولية الملقط عنها وحكم تملكها أو المكافأة عليها في الفقه الاسلامي دار النهضة العربية ، القـاهرة ، 1992.

35. المحامي خليل احمد الارباح ، المسؤولية التقصيرية عن الاعمال الشخصية بين الشريعة الاسلامية والقانون ، ط1 ، دار رباح للنشر والتوزيع ، مصراته ، ليبيا ، 1995.
36. د. رضا محمد ابراهيم الشاذلي ، مدى تأثير قواعد القانون المدني في تفسير النصوص الخاصة بجرائم الاموال ، الطبعة الاولى ، 2005.
37. د. رمضان محمد أبو السعود ود. همام محمد محمود زهران ، مباديء القانون ، المدخل للقانون والالتزامات ، دارالمطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، 1998.
38. د.سعد خليفة العبار، ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة ، دراسة فقهية مقارنة ، الطبعة الأولى ، جامعة قاريونس ، بنغازي ، 1999.
39. د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، 1981.
40. سعيد عبدالكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الأصلية) ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1973، ط1.
41. د. سلمان بو ذياب ، المباديء القانونية العامة ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1415ه ، 1995م.
42. سليم رستم الباز ، شرح المجلة ، دار احياء التراث العربي ، بدون سنة طبع.
43. د. سليمان محمد أحمد ، ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ، ط1 ، مطبعة السعادة ، 1985.
44. د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الالتزامات ، الجزء الثاني ، المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ط5 ، بدون مكان طبع ، 1988.
45. د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص2005.

46. السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ، كتاب التعريفات ، ط1 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 2003.
47. شرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد بن موسى بن سالم الحجاوي المقدسي الصالحي ، الاقناع لطالب الانتفاع ، تعليق احمد فتحي عبدالرحمن ، المجلد الثاني ، ج2 ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2004.
48. شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، رتبه وضبطه وخرج آياته محمد عبدالسلام ابراهيم ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1425ه ، 2004م.
49. شمس الدين احمد بن قودر المعروف بقاضي زادة أفندي قاضي عسكر روملي ، نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار ، وهي تكملة شرح الفتح القدير للامام كمال الدين السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي على الهداية شرح بداية المبتديء ، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي ، ج8، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1424ه ، 2003م.
50. شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي، الذخيرة في فروع المالكية ، تحقيق وتعليق أبي اسحاق احمد عبدالرحمن ، الجزء السابع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1422ه ، 2001م.
51. ا شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي ، الفروق ، وبهامش الكتابين ، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية ، الجزء الثاني ، عالم الكتب ، بيروت ، بدون سنة طبع .

52. ا شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بـن عبـدالرحمن الصـنهاجي المصري المشهور بالقرافي ، الفروق ، وبهامش الكتابين ، تهذيب الفـروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية ، الجزء الرابع ، عالم الكتب ، بيروت ، بدون سنة طبع .
53. صالح احمد محمد اللهيبي ، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصـيرية ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2004.
54. المحامي صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ، الطبعة الثالثـة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1380ه ، 1961م.
55. د. عادل جبري محمد حبيب ، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الاسـكندرية ، 2005.
56. د. عبد الحميد الشواربي والمستشار المساعد أسامة عثمان ، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1984.
57. د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، وفقـا للقـانون الكـويتي ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، مطبوعات ، جامعة الكويت 1982.
58. د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتـزام ، أحكـام الالتـزام ، ج3 ، مطبعة الفجالة ،1954.
59. د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الجـزء الثاني ، مطبعة النهضة ، القاهرة ، 1954.
60. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديـد ، أسباب كسب الملكية ، ج9 ، المجلد الأول ، ط3 ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2000.

61. د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، المجلد الثاني ، ج9 ، ط3، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2000.

62. د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج3 ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، 1958.

63. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج6 ، ط2 ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998.

64. د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج1 ، القاهرة ، 1952.

65. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، اسكندرية ، 2004.

66. د. عبد الفتاح مراد ، الغصب في القوانين العربية والشريعة الاسلامية ، بدون سنة طبع ولا مكان نشر .

67. د. عبدالقادر الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2004م.

68. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج1، الطبعة الخامسة ، مطبعة نديم ، بغداد.

69. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج1 ، وزارة التعليم العالي ولبحث العلمي ، بغداد ، 1980.

70. د. عبد المطلب رزاق حمدان ، المال الضائع ، حقيقته وحكمه وطرق التقاطه في الفقه الاسلامي ، دار الجامعة لجديدة ، اسكندرية ، 2007.

71. د. عبدالوهاب علي بن سعد الرومي ، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، ط1 ، 1994 ، بدون مكان نشر .
72. د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشرو التوزيع ، عمان ، الأردن ، 1429ه ، 2008م .
73. على الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، القسم الأول ، معهد البحوث والدراسات القانون ، بدون سنة طبع .
74. الشيخ على الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ط1 ، دار الفكر العربي ، 1417ه ، 1996م.
75. د. علي محي الدين على القرمداغي ، مبدأ الرضا في العقود ، الجزء الأول ، ط2 ، دار البشائر الاسلامية ، بيروت ، لبنان ، 1423ه ، 2002.
76. عماد زعل الجعافرة ، القرائن في القانون المدني ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2003.
77. د. فايز محمد حسين محمد ، الوديعة في القانون الروماني والشريعة الاسمية، كلية الحقوق ، جامعة منوفية ، 2002.
78. د. فتحي عبدالرحيم عبدالله ، دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2005.
79. الامام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بإبن الهمام الحنفي ، شرح الفتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ، لشيخ الاسلام برهان الدين على بن أبي بكر المرغيناني ، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ عبدالرزاق غالب المهدي ، المجلد السابع ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1424ه ، 2003م .

80. د. ليلى عبدالله الحاج سعيد ، النظرية العامة لضمان اليد (وضع اليد على ملك الغير المصدر السادس للالتزام ، ط1 ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، 2001.
81. الامام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث والأثر ، تحقيق الشيخ خليل مأمون شيخا ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1427ه ،2006م.
82. الامام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث والأثر ، تحقيق الشيخ خليل مأمون شيخا ، المجلد الثاني ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1427ه ،2006م.
83. العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، باشراف محمد نعيم العرقسوسي ، طبعة منقحة مفهرسة ، ط7 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان، 1424هـ ، 2003م.
84. الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ، رد المحتار على در المختار شرح تنوير الابصار ، ج5، ط3، المطبعة الكبرى الاميرية ، بولاق ، مصر ، 1326ه.
85. العالم العلامة الشيخ محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، لشيخ أبي البركات سيد احمد بن محمد العدوي، الشهير بالدردير ، وبالهامش تقريرات العلامة المحقق محمد بن احمد بن محمد الملقب بعليش ، خرج آياته وأحاديثه ، محمد عبدالله شاهين ، المجلد الخامس ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1424ه ، 2003م .

86. الشيخ الامام محمد بن اسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شــرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، طبعة جديدة ومنقحة ومصححة قدم لهــا محمد عبدالرحمن المرعشلي ، اعدها مكتب التحقيق بــدار احيــاء التــراث العربي ، قام بفهرستها رياض عبدالله عبدالهادي ، الطبعة الثانية ، ج3، بدون سنة طبع.

87. د. محمد ابراهيم دسوقي ، تعويض الوفاة والاصابة الناجمة عــن حــوادث السيارات ، 2006.

88. د. محمد ابراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، بدون ســنة طبع ، ولامكان نشر.

89. د. محمد احمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1410ه ، 1990م.

90. د. محمد احمد سراج ، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهــة الفقه الاسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، 1998.

91. د. محمد السعيد رشدي ، الخطأ غيــر المغتفــر (ســوء ســلوك الفــاحش والمقصود) ط1 ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، 1416ه ، 1995م..

92. محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الــرازي ، مختــار الصــحاح ، ط1 ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 2005.

93. د.محمد سعود المعيني ، النظرية العامة للتقادم ، في الفقه الاسلامي ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1989.

94. د. محمد سليمان الاحمد ، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ، مكتب التفسير ، أربيل ، 2008.

95. د. محمد سليمان الاحمد ، المدخل لدراسة الضمان ، ط1 ، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2002.

96. د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001.
97. د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009.
98. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية ، ج1 ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1982.
99. محمد طه البشيرو د. هاشم الحافظ ، القانون الروماني ، الاموال والالتزام ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، بدون سنة طبع.
100. القاضي محمد عبد اللطيف ، الحيازة وآثارها في التقنين المدني المصري ، بدون مكان نشر ، 1951.
101. د. محمد عبد سليمان الحراحشة ، فكرة عدم سريان التصرف القانوني دراسة مقارنة في الفقهين الاسلامي والغربي والقوانين المدنية العربية ، مطبعة اجيال ، عمان ، 2002.
102. د. محمد عليوي ناصر ، خيانة الأمانة وأثرها في العقود المالية في الشريعة الاسلامية ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001.
103. د. محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية تنقيح ، المستشار محمد على سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004.
104. د. محمد محمد مصباح القاضي ، حسن النية في قانون العقوبات ، دراسة تحليلية لفكرة حسن النية في القانون المصري والقانون المقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر.
105. القاضي محمد نصر الدين زغلول ، الارادة في العمل القانوني وعيوبها ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

106. د. محمد وحيد الدين سوار ، *التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي* ، ط2 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998.
107. د. محمد يوسف موسى ، الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي ، مدخل لدراسة الفقه وفلسفته ، دار الفكر العربي ، 1417ه ، 1996م.
108. د. محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، دراسة تأصيلية للركن المعنوي في الجرائم العمدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1978.
109. الشيخ الاكبر محيي الدين بن عربى الطائي الاندلسي ، تنزل الملاك من عالم الارواح الى عالم الافلاك أو لطائف الاسرار ، حققه وقدم له احمد زكي عطية وطه عبدالباقي سرور ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي ، 1380ه ، 1961م .
110. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، ج1 ، ط 9 ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، بغداد ، 2002.
111. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزام برد غير المستحق ، ط1 ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، بغداد ، بدون سنة طبع.
112. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مجموعة الابحاث العلمية ، بدون سنة طبع ولامكان نشر.
113. د. مصطفى احمد الزرقاء المدخل الفقهي العام ، نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ، ج3 ، ط6 ، 1946م.
114. د. مصطفى الزرقا ، الفعل الضار والضمان فيه ، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الاسلامية وفقهها انطلاقا من القانون المدني الأردني ، ط1 ، دار القلم (دمشق) ، بدون سنة طبع.
115. د. مصطفى احمد الزرقاء ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، المدخل الفقهي العام ، ج2 ، ط10 ،ى مطبعة طربين ، دمشق ، 1968.

116. د. مصطفى أحمد الزرقاء ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، المدخل الفقهي العام ، ج1 ، ط9 ، مطابع الف باء الاديب ، دمشق ، بدون سنة طبع.

117. د. مصطفى العوجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع ، ط1 ، بيروت ، لبنان ، 1992.

118. د. ممدوح عبدالكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، ط2 ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1977.

119. منير القاضي ، شرح المجلة ، ج1 ، مطبعتا النسريان والعاني ، بغداد ، 1947.

120. د. منذر الفضل ، اصول القانون الفرنسي والبريطاني ، دراسة مقارنة مع القانون الاسلامي ، ط2 ، دار ئاراس للطباعة والنشر ، أربيل ، 2004.

121. منصور بن يوسف بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الاقناع ، حققه على نسخة خطية وخرج أحاديثه وعلق عليه الشيخ محمد عدنان ياسين درويش ، ج4 ، ط1 ، دار احياء التراث العربي ومؤسسة التأريخ العربي ، بيروت ، لبنان ، 1999.

122. معجم القانون الصادر من مجمع اللغة العربية ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية ، القاهرة ، 1420ه ، 1999م.

123. ناصر جميل محمد الشمايلة ، كسب ملكية المضمونات بالضمان ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998.

124. د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ، مصادرها) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006.

125. د. نبيل ابراهيم سعد ود. همام محمد محمود زهران ، مبادىء القانون ، المدخل للقانون – نظرية الحق – منشأة المعارف ، اسكندرية ، 2002.

126. د. نشأت ابراهيم الدريني ، التراضي في عقود المبادلات المالية ، الطبعة الاولى ، دار الشروق ، جدة ، المملكة العربية السعودية ، 1402ه ،1982م.
127. د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، 2003.
128. المحامي ياسين غانم ، الحيازة وأحكامها في التشريع السوري والتشريعات العربية ، ط2 مزيدة منقحة ، تنوير للتنضيد والطباعة ، 1995.

ب- البحوث والدراسات

129. د. ليلى عبدالله سعيد ود. أكرم محمود حسين ، تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون / جامعة الموصل ، العدد (9) ، 2000.
130. د. ليلى عبدالله سعيد ، ضمان اليد والمسؤولية التقصيرية دراسة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون / جامعة الموصل ، العدد (9) ، ايلول -2001.
131. د. ليلى عبدالله سعيد ، يد الامانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الدراسات ، تصدر عن عمادة البحث العلمي ، الجامعة الاردنية ،المجلد (23) ، العدد (1) ، 1996.
132. د. محمد احمد مصطفى الكزني ، أثر الحيازة في تملك الثمار في الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الفرنسية والمصرية والعراقية ، بحث منشور في مجلة زانكو ، تصدر عن جامعة صلاح الدين ، أربيل ، العدد الخاص بوقائع المؤتمر العلمي الثالث ، الدراسات الانسانية ، المنعقد بتأريخ 3,4 حوزيران 1997، ج1.

13. د. محمد سليمان الاحمد ، تحول اليد في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة تصدرها جامعة صلاح الدين ، العدد (3) ، السنة (3) ، 2005.

134. د. محمد سليمان الاحمد ، تعدد الاسباب في المسؤولية المدنية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون / جامعة الموصل ، المجلد الأول ، العدد (24) ، السنة العاشرة 2005.

135. د. محمد سليمان الاحمد ، دور الضمان في كسب الملكية تبعا ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، تصدر عن جامعة الامارات العربية المتحدة ، العدد (13) ، 1420هـ ، 2000.

136. د. محمد سليمان الاحمد ود. نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون / جامعة الموصل ، المجلد الأول ، العدد (17) ، السنة الثامنة 2003.

137. د. محمد يوسف الزغبي ، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الاردني ، مجلة مؤتة ، للبحوث والدراسات ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، 1987.

138. د. نواف حازم خالد ، انقضاء الحق في حبس للضمان بطريق أصلي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون / جامعة الموصل ، المجلد الأول ، العدد (24) ، السنة العاشرة 2005.

ج- الرسائل غير المنشورة

139. د. شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في ابرام العقود ، اطروحة دكتـوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون بجامعة صلاح الدين ، (غير منشـورة) ، 1427ه ، ايلول 2006م.

140. د. على عبيد الجيلاوي ، رضا المتضرر وأثره فـي المسـؤولية المدنيـة اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون بجامعة بغـداد ، (غيـر منشورة) ، 1988.

د- متون القوانين

141. قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة (1979) المعدل .

142. القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976المعدل .

143. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948المعدل.

144. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

145. قانون المواد المدنية والتجارية القطري رقم (16) لسنة 1971 المعدل.

146. قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

147. قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

هـ- المواقع الالكترونية

148. الامام العلامة شهاب الدين احمد القرافي المالكي ، الامنية في ادراك النية ، مخطوطة أصلية ، متاح على الموقع الالكتروني التالي :

ttp:// www. Al_mustafa . com

149. على العبيدي تملك المضمونات بالضمان في القانونين الأردني والامـاراتي متاح على الموقع الالكتروني التالي :

http://www.arablawinfo.com/Research_search.asp? validate= Articles &Article ID=235 last visit ed (4/8/2007)

150. الدكتور مزهر بن محمد بن ظافر القرني ، الفـرق بـين الارادة الظـاهرة والارادة الباطنة ، منشور في مجلة العدل تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية ، العدد الثالث ، رجب ،1420ه ، متـاح علـى الموقـع الالكتروني التالي:

http:// www.moj.gov.saladvcat.aspx?val=1.
last visited (3/11/2007)

151. د. نزيه حماد ، مدى صحة تضمين يد الامانة بالشرط في الفقه الاسـلامي متاح على الموقع الالكتروني التالي :

http://www.trtipms . org /pubDetA. asp ? pub=163 last visit ed (12/1/2008).

152. د. نوري حمد خاطر ، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية متاح على الموقع الالكتروني التالي :

http://www.arablawinfo . com /Research_ search .asp? validate=Articles &Article ID=234 last visit ed (7/12/2007).

153. د. نوري حمد خاطر ، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية متاح على الموقع الالكتروني التالي :

http://www.arablawinfo . com /Research_ search .asp? validate=Articles &Article ID=286 last visit ed (7/12/2007)

ملخص

هدفت هذه الدراسة بشكل أساس الى ابراز أثر القصد المدني في تضمين اليد الحائز لمال الغير ، فقد طرحت هذه الدراسة مجموعة من الأسئلة التي تقبل النقاش منها : ما هو القصد المدني؟ وما هو أدواره ووظائفه؟ وهل هو ضيق النطـاق أم أنه متعدد الوظائف بتعدد المجالات التي يتواجد فيها هذا القصد أو يتطلب قصـدا لقيامها؟ وما علاقته بتضمين اليد؟ وما المعيار الذي اعتمده المشرع المدني العراقي في تعريفه ليد الضمان؟ وهل كان موفقا في ذلك؟

ولم يكن من السهل الإجابة على كل تلك الأسئلة ما لم نتوجه إلـى القواعـد العامة في القانون المدني ، فمعرفة معالم نظرية القصد المدني وتكوين فكرة عامة عنها استلزم منا الاستعانة بتلك القواعد ، مما ساهم في تحديد وتحليـل خصـائص القصد المدني وعناصره، لاسيما وان موضوع هذا البحث منصب علـى القصـد المدني السيئ والذي يعد تضمين اليد أحد أهم آثاره القانونية ، وقد قمنـا بتحديـد تعريف لمصطلح القصد المدني وان لم يكن بالأمر الهين، خصوصا وانه مصطلح جديد وغير شائع وكشفت هذه الدراسة وجود العديد مـن التطبيقـات التشـريعية المتناثرة والتي تندرج تحت مصطلح القصد المدني ، واقتضت هذه الدراسة أيضـا التمييز بين مصطلح القصد المدني ومصطلحات أخرى قد تتشابه معـه مـن إرادة ورضا وإدراك وتعمد ، كما وقمنا بمعالجة يد الأمانة ويد الضمان من جميع جوانبها والنتيجة التي تترتب على وضع اليد على ملك الغير ، ومن هـذا المنطلـق كـان التطرق لوظائف القصد المدني على قدر كبير من الأهمية فقد ساهم فـي تحديـد مسلك القانون المدني العراقي وإظهار مدى تأثير القصد فيه خصوصا في مجـال المسؤولية والضمان والملكية ، وقد كرسنا كل هذا الإجابات والشروح لموضـوع أساسي واحد أردنا التوصل إليه، والتي كان يشكل جوهر البحث وهو إظهار أثـر القصد المدني في تضمين اليد ، فالقصد المدني المتمثل في نية تملك أموال الغيـر هو قصد مدني سيء ، ومتى ما وجدت ترتب عليه تضمين اليد الحائزة لهذا المال

فيلزم بإزالة الضرر الواقع ودفع التعويض في حالة عدم تمكنه من رد المال وتتقرر مسؤوليته عن طريق تضمينه المثل أو القيمة . ولاجل ذلك قمنا بتقسيم هذه الرسالة الى أربعة فصول ، عالجنا في الفصل الأول منها التعريف بالقصد المدني ، ثم بيننا في الفصل الثاني دور كل من التعدي والتعمد في تضمين اليد ، ثم قمنا في الفصل الثالث بتأصيل أساس تضمين اليد القائمة على التعدي والتعمد ، وأخيرا بحثنا فـــي الفصل الرابع أحكام تضمين اليد وتطبيقاته التشريعية المتمثلة في الغصب واللقطة والحائز سيء النية ، ثم ختمنا البحث بخاتمة تتضمن أهم الاستنتاجات والتوصيات.

پوختە

ئامانجی سەرەکی ئەم لێکۆڵینەوەیە بریتی یە لە پیشاندانی کاریگەری مەبەستی شارستانی لە بەرپرسیارکردنی ئەو کەسەی دەست بەسەر ماڵی کەسی دیکەدا دەگرێت ، بۆیە لە رێگەی ئەم لێکۆڵینەوەیەوە هەوڵدراوە چەند پرسیارێك بوروژێنرێت ، کە شایانی گفتوگۆ لەسەر کردنن ، مەبەستی شارستانی چیە ؟ رۆڵ وفرمانەکانی مەبەستی شارستانی چین؟ ئایا ئەم مەبەستە لەچوار چێوەیەکی تەسکدا هەستی پێدەکرێت یان فرە لایەن وفرە فرمانە بە پێی ئەو بوارانەی کە تیایاندا ئامادە دەبێت؟ ئایا پەیوەندی ئەم مەبەستە چیە لەگەڵ دەست پرسیدا؟ ئایا یاسادانەری عیراقی پشتی بەچ پێوەرێك بەستووە لە پێناسەکردنی دەست پرسدا؟

وەلامدانەوەی ئەم پرسیارانە وای پێویست کرد لە لێکۆڵینەوەکەماندا باس لەو بنەما گشتیانەی یاسای شارستانی بکەین کە هاوپەیوەندن بە مەبەستەوە ،چونکە زانینی رووکاوە جیاکەرەوەکانی تیۆری مەبەستی شارستانی وگەلاڵە کردنی بیرۆکەیەکی گشتی لەسەر ئەم تیۆرە پێویستی بە پشت بەستن بەو بنەما گشتیانە هەیە، هەر یەك لە زانین وویست ، بە جۆرێك بێتە هۆی دیاری کردن وشرۆڤە کردنی تایبەتمەندیەکانی مەبەستی شارستانی ورەگەزەکانی وجیاکردنەوەی لە مەبەستی تاوانکاری ، چونکە بابەتی ئەم لێکۆڵینەوەیە بریتی یە لە مەبەستی شارستانی ناپاك ، ئەم مەبەستە ناپاکەش بەرپرسیارێتی شارستانی لێ دەکەوێتەوە کە بە گرنگترین شوێنەواری یاسای دادەنرێن. بۆیە سەرەتا پێناسەی مەبەستی شارستانیمان کردووە، هەرچەندە ئەم کارێکی ئاسان نیە ، چونکە مەبەستی شارستانی زاراوەیەکی نوێیە وبلاو نیە ، لە پاش پێناسەکردنی هەوڵمان داوە کۆمەڵێك نموونەی پەیرەوکاری یاسایی لەسەر مەبەستی شارستانی لە نێو دەقە یاساییەکاندا وە دەربخەین ، پاشتر وامان بە باش زانیوە جیاوازی

مەبەستی شارستانی بکەین لەگەڵ چەند زاراوەیەکی دیکەدا ، وەك وویست ، ڕەزامەندی ، پەی پێبردن ، ئەنقەست ، کە ڕەنگە هەندێك کەس وەك یەك سەیریان بکات.

پاشان بە ووردی باسی دەست ناس ودەست پرسمان کردووە لە هەموو ڕووەکانەوە ، هەروەها ئاماژەمان کردووە بەو پاشماوەیەی کە لەسەر دەست بەسەراگرتنی ماڵی خەڵك دروست دەبێت ، لێرەشەوە دەبینیت خۆدان لە باسکردنی فرمانەکانی مەبەستی شارستانی بایەخی تایبەتی خۆی هەیە ، چونکە ئەم جۆرەی مەبەست کاری کردۆتە سەر دیاریکردنی ڕێچکە یاسای شارستانی عێراقی ودەرخستنی ڕادەی کاریگەری مەبەست تیایدا ، بەتایبەتی لە بواری بەرپرسیارێتی ولێپرسراوێتی ومولکداریدا .

هەموو ئەمانەشمان لە پێناو ئەوەدا کردووە ، تا بگەینە ڕاستی بە دەرخستنی کاریگەری مەبەستی شارستانی لە دەست پرسی دا، وە لە ئەنجامی لێکۆڵینەوەکەمانەوە بۆمان دەرکەوت ، ئەو مەبەستە شارستانی یەی کە لە نیازی بەخاوەن بوونی ماڵی کەسێکی دیکەدا بەدەردەکەوێت ، مەبەستێکی شارستانی ناپاکە ، بۆیە بوونی ئەم مەبەستە ناپاکەدەبێتە هۆی دروست بوونی دەست پرسی لەسەر ئەو کەسەی دەستی بەسەر ماڵکەدا گرتووە ، بۆیە پابەند دەکرێت بە نەهێشتن ولابردنی ئەو زیانەی کە کەوتۆتەوە، لەگەڵ پێدانی (قەرەبوو) ، واتە ئەگەر دەستگر بەسەر ماڵەکەدا نەیتوانی ماڵەکە بداتەوە خاوەنەکەی ئەوا دەبێت نمونەی ئەو ماڵە یان بەهاکەی بداتێ.

Summary

This study basically aimed to showing the effect of civil intention in the inclusion of the holder of others properties. It has proposed a number of questions, which afford discussion, like:

what is the civil intention?

What are its instruments and functions? Does its scope narrow of its multifunctional when the fields of existence of this intent varies, or demands an intent to its occurrence? What is its relation to holder inclusion? What are the criteria in which the Iraqi Civil code relied on in its identification to security holder? Was it successful in that?

It was not easy to answer all of these questions unless we review general rules or principles of the Civil Law. Which deal with criminal intention knowing the marks of civil intent theory and forming a general idea about it demanded us seeking help of this rules. This con tribute in specifying and analyzing characteristics of the bad civil intent, and its elements especially the subject of this study is civil bad intention. Which is considered guaranteeing hand is the most important legal traces, we have appointed the identification of civil intention term, although it was not an easy task, especially if we knew it is a new term. And uncommon As well as revealed the existence of many scattered legislative applications, which are enlisted under the term of civil intention. So aimed to distinguish between the term of civil intention and other terms that might have similarity with it in what concerns desire, willingness, realize and intention. We have also dealt with the issues of consignment holder and security holder from all sides, as well as the result that occur due to holding others properties. From this point, the

discussion about functions of civil intention was of great interest and importance as it contributed in specifying the path of Iraqi civil code and showing the range of effect of intention on it, especially in the field of, responsibility, security and ownership. We have allocated all of these answers and explanations for one basic topic, which we wanted to reach, and it was forming core of the research, which is showing the effect of civil intention on security holder. We have reached a number of conclusions, the most important of all is the civil intention, represented by intention to possess others property, it is a bad civil intention, and whenever it existed the consequence would be inclusion of holder of this property. Thus, he would be obliged to remove the damage that occurred and paying compensation. In other words, it would decide on holder's responsibility in case of incapability of returning the money, through including the same or the value.

For this, we have divided this thesis into four chapters. In the first chapter we dealt with the identification of civil intention. In the second chapter we clarified the role of assault and intention in the guaranteeing hand. In the third chapter , we have rooted the origin of guaranteeing hand that depends on aggression and intention. In the fourth chapter, we dealt with provisions of guaranteeing hand and its legislative applications, represented in forcing, scene and bad intention. Then comes the conclusion whit the most important conclusion and recommendations.

فَهْرِسُ المَوْضُوعَاتِ

الموضوع	الصفحة

الموضوع **الصفحة**

سنة النشر 2011

رقم الإيداع 24879

الترقيم الدولى I.S.B.N

978 – 977 – 386 – 390 – 7





المركز الرئيسى : مصر ـ المحلة الكبرى ـ السبع بنات ـ 24 شارع عدلى يكن

هاتف : 0020402224682 فاكس : 0020402220395 محمول : 0020123161984

الفروع : القاهرة ـ 38 شارع عبد الخالق ثروت ـ الدور الثالث

هاتف : 002023958860 فاكس : 0020223911044 محمول : 0020122212067

المطابع : مصر ـ المحلة الكبرى ـ السبع بنات ـ 57 شارع رشدى

هاتف : 0020402227367 فاكس : 0020402220395 محمول : 0020169861486

تابعونا عبر الإنترنت

www.darshatat.com

البريد الإلكتروني





